

DIE BESTIMMUNG DES UMFANGS DER BEWEISAUFNAHME
IM DEUTSCHEN, FRANZÖSISCHEN UND ITALIENISCHEN
STRAFPROZESS

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Elisabeth Kreuzer
aus Köln
1964

DE BESTIMMUNG DES UMFANGES DER BEWEISAUFNAHME
IN DEUTSCHEN, FRANZÖSISCHEN UND ITALIENISCHEN
STADTGERICHTE

Digitized by the Internet Archive
in 2026

eingedruckt von
Eugenius Kersch
am 1. 10.
1914

DIE BESTIMMUNG DES UMFANGS DER BEWEISAUFNAHME
IM DEUTSCHEN, FRANZÖSISCHEN UND ITALIENISCHEN
STRAFPROZESS

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Elisabeth Kreuzer
aus Köln
1964

Dekan : Prof. Dr. Konrad Hesse
Referent : Prof. Dr. Hans-Heinrich Jescheck
Korreferent : Prof. Dr. Rudolf Schmitt

Tag der mündlichen Prüfung:

26. Februar 1964



INHALTSVERZEICHNIS

Quellen- und Schrifttumsverzeichnis	VI
Abkürzungsverzeichnis	XIV
Einleitung: Die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme und die Prozeß- prinzipien	1

ERSTES KAPITEL

Die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme im deutschen Recht

A. Historischer Überblick

§ 1 Kurzer Überblick bis 1877	6
I. Altdeutsches Strafverfahren	6
II. Entwicklung bis zum Inquisitionsprozeß	7
III. Das Inquisitionsverfahren	8
IV. Reformbestrebungen bis zur Strafprozeßordnung von 1877	11

§ 2 Die Strafprozeßordnung von 1877	13
---	----

§ 3 Die gesetzliche Entwicklung nach 1877	18
---	----

B. Die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme im geltenden Recht

§ 1 Überblick über die gesetzliche Regelung	22
---	----

§ 2 Die Grundlagen des Beweisantragsrechts	25
--	----

I. Die formellen Voraussetzungen des Beweisantrags

1. Begriff des Beweisantrags und Abgrenzung zu Erklärungen ähnlicher Art	25
---	----

2. Die Berechtigung zur Stellung von Beweisanträgen	27
--	----

3. Form und Zeitpunkt der Stellung von Beweisanträgen	28
--	----

II. Die Stellung von Beweisanträgen im Verhältnis zur Wahrheitser- forschungspflicht des Gerichts	28
--	----

II

§ 3 Die Ablehnung des nach § 244 StPO gestellten

Beweisantrags	36
I. Das Verbot der Beweisantizipation	36
II. Die einzelnen Ablehnungsgründe	37
1. Die Unzulässigkeit der Beweiserhebung	37
a) Die Beweistatsachenverbote	37
b) Die Beweismittelverbote	40
c) Die Absicht der Prozeßverschleppung	42
2. Die Unerheblichkeit der Beweistatsache	44
3. Die Ungeeignetheit des Beweismittels	45
4. Die Unerreichbarkeit des Beweismittels	47
5. Die Entbehrlichkeit der Beweiserhebung	48
a) wegen Offenkundigkeit der Beweistatsache	48
b) wegen Erwiesenseins der Beweistatsache	50
c) wegen Nichtwiderlegbarkeit einer zugunsten des Angeklagten vorgebrachten Entlastungstatsache (sog. Wahrunterstellung)	51
III. Die Ablehnung eines Sachverständigenbeweisantrags	55
IV. Die Ablehnung des Antrags auf Einnahme eines richterlichen Augenscheins	60

§ 4 Die Ablehnung der Beweiserhebung nach § 245 StPO	62
--	----

§ 5 Der Umfang der Beweisaufnahme im Berufungsverfahren	66
---	----

§ 6 Das Verfahren bei der Ablehnung von Beweisanträgen	67
--	----

III

I. Form und Zeitpunkt der Ablehnung	67
II. Die Begründung der Ablehnung	68
III. Die Zulässigkeit des Widerrufs einer angeordneten Beweiserhebung	69
§ 7 Die Rechtsmittel gegen die Ablehnung von Beweisanträgen	70

ZWEITES KAPITEL

Die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme im französischen Recht

§ 1 Der Umfang der Beweisaufnahme und die Prozeßreform	71
§ 2 Die Grundlagen des Beweisantragsrechts	77
I. Begriff und Wesen des Antragsrechts	77
II. Die Berechtigung zur Stellung von Beweisanträgen	78
III. Form und Zeitpunkt der Stellung von Beweisanträgen	79
IV. Das unmittelbare Ladungsrecht der Parteien	81
§ 3 Der Umfang der Beweisaufnahme im Korrektionalverfahren	83
I. Der Zeugenbeweis Antrag	83
1. Die Beweiskraft polizeilicher Protokolle	85
2. Die Klausel "s'il y a lieu" der Art. 153, 154, 190 C.I.C.	90
3. Die neue Vorschrift des Art. 444 C.P.P.	91
4. Die einzelnen Ablehnungsgründe	92
II. Der Urkundenbeweis Antrag	102
III. Der Sachverständigen- und Augenscheinsbeweis Antrag	103
IV. Das Verfahren bei der Ablehnung von Beweisanträgen	107
§ 4 Der Umfang der Beweisaufnahme im Schwurgerichtsverfahren	109
I. Die Vernehmung der in den Listen aufgeführten und erschienenen Zeugen	109

II. Die Vernehmung der ordnungsgemäß bekanntgemachten, aber nicht erschienenen Zeugen	111
III. Der "pouvoir discrétionnaire" des Vorsitzenden.	112
IV. Der Urkundenbeweis Antrag und der Antrag auf Einnahme eines richterlichen Augenscheins an in den Gerichtssaal transportablen Gegenständen	124
V. Der Sachverständigenbeweis Antrag und der Antrag auf Einnahme eines richterlichen Augenscheins außerhalb der Gerichtsstelle	125
VI. Das Verfahren bei der Ablehnung von Beweis Anträgen	128
1. Form und Zeitpunkt der Ablehnung	128
2. Die Begründung der Ablehnung	130
3. Die Zulässigkeit des Widerrufs einer angeordneten Beweiserhebung	133
§ 5 Der Umfang der Beweisaufnahme im Berufungsverfahren	134
§ 6 Die Rechtsmittel gegen die Ablehnung von Beweis Anträgen	139
§ 7 Schlußbemerkung	142

DRITTES KAPITEL

Die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme im italienischen Recht

§ 1 Überblick über die gesetzliche Regelung	145
§ 2 Die Grundlagen des Beweis Antragsrechts	150
I. Der Begriff des Beweis Antrags	150
II. Die Berechtigung zur Stellung von Beweis Anträgen	152
§ 3 Der Beweis Antrag im Prozeßabschnitt der Vorbereitung der Hauptverhandlung	152
§ 4 Der Umfang der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung	157
I. Die Ablehnung von Beweis Anträgen	157

1. Zeitpunkt und Form der Stellung von Beweisanträgen	157
2. Die Stellung des Gerichts gegenüber den in der Hauptverhandlung gestellten Beweisanträgen . .	158
3. Die Besonderheiten des Sachverständigenbeweises . .	171
II. Die Zurückweisung präsenter Beweismittel	177
III. Das Verfahren bei der Ablehnung von Beweisanträgen . .	179
§ 5 Der Umfang der Beweisaufnahme im Berufungsverfahren . .	181
§ 6 Die Rechtsmittel gegen die Ablehnung von Beweisanträgen	182
§ 7 Schlußbemerkung	183

VIERTES KAPITEL

Rechtsvergleichung

§ 1 Zusammenfassende Gegenüberstellung der Regelungen in den drei Rechtsordnungen	186
§ 2 Dogmatische Betrachtung der verschiedenen Lösungen . .	191
§ 3 Rechtspolitische Würdigung	196

QUELLEN- UND SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

Schrifttum

- A l s b e r g - N ü s e, Der Beweisantrag im Strafprozeß, 2.Aufl.
Köln, Berlin 1956
- A l o i s i, U., Manuale pratico di procedura penale, 3 Bde.,
Mailand 1952
- A l t a v i l l a, E., Psicologia giudiziaria, 3.Aufl.,
Turin 1949
- A m i r a, v., Grundriß des germanischen Rechts, 2.Aufl.,
Straßburg 1897
- D'A n i e l l o, M., Le innovazioni al codice di procedura penale,
Mailand 1955
- B á f i l e, E., Testimonianze di fanciulli e perizie psicologiche,
in Scuola positiva 1933, Teil I, S.403 ff.
- B e l i n g, E., Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, Berlin,
Leipzig 1928
- , Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung
im Strafprozeß, Breslau 1903
- B e l l a v i s t a, G., Lezioni di diritto processuale penale,
Mailand 1956
- B e n n e c k e, Lehrbuch des deutschen Reichs-Strafprozeßrechts,
Breslau 1895
- B e n n e c k e - B e l i n g, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 2.Aufl.,
Breslau 1900
- B e s s o n, A., R. V o u i n, P. A r p a i l l a n g e, Code annoté de
procédure pénale, titre préliminaire et livre 1,
Paris 1958/59
- B i r k m e y e r, Deutsches Strafprozeßrecht.
Berlin 1898
- B o c k e l m a n n, P., Strafrichter und psychologischer Sachverständiger,
in GA 1955, S.321 ff.

- B o r e t t i n i, A., La perizia nel processo penale,
Padua 1940
- B o u z a t, P., Traité théorique et pratique de droit pénal,
Paris 1951
- B o y e r, Ch., Le supplément d'information devant les juridictions répressives,
Thèse Strasbourg 1936
- B r a a s, A., Précis d'instruction criminelle ou procédure pénale, 2.Aufl.,
Brüssel 1932
- C a r n e l u t t i, F., Principi del processo penale,
Morano Edit., Neapel 1960
- , Il testimonio, questo sconosciuto, in Rivista di diritto processuale
penale 1957 I S.177 ff.
- D i t z e n, Dreierlei Beweis im Strafverfahren,
Leipzig 1926
- D o h n a, G r a f z u, Das Strafprozeßrecht, 2.Aufl.,
Berlin 1925
- , Der Umfang der Beweisaufnahme im Strafverfahren, in DJZ
1911, Sp. 305 ff.
- , Wahrunterstellung, in JW 1929, S.1445 ff.
- , Das Problem der vorweggenommenen Beweiswürdigung im Strafverfahren,
in Probleme der Strafrechtserneuerung, Festgabe für E.Kohirausch
zum 70. Geburtstag, Berlin 1944
- D o l l, P.J., H. G u é r i n, G. A m é d é e - M a n e s m e,
La réglementation de l'expertise en matière pénale,
Paris 1960 - 1961
- D o n n e d i e u de V a b r e s, Traité de droit criminel et de
législation pénale comparée, 3.Aufl., Paris 1947
- , Précis de droit criminel, Paris 1946
- D o s i, E., Sul principio del libero convincimento del giudice nel
processo penale, Mailand 1957
- E r b s, G., Handkommentar zur StPO, Frankfurt,
Bonn 1950
- E x n e r, F., Strafverfahrensrecht, Berlin und
Heidelberg 1947

- F i n k e, E., Liberalismus und Strafverfahrensrecht, dargestellt am Beispiel des deutschen und italienischen Rechts, Bonn 1936
- F l o r i a n, E., Delle prove penali, 2 Bde., 1. Aufl., Mailand 1921, 1924; 3. Aufl., Mailand 1961
- F o s c h i n i, G., Il dibattimento, Studi, Mailand 1956
- F u l c i, L., L'istruzione dibattimentale, Mailand 1959
- G a r r a u d, R., Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, 6 Bde., Paris 1907 - 1929
- G e r l a n d, H., Der deutsche Strafprozeß, Mannheim, Berlin Leipzig 1927
- G e y e r, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts, Leipzig 1880
- G l a s e r, Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozeß, Leipzig 1883
- , Handbuch des Strafprozesses, I, II, Leipzig 1883, 1885
- G l a s e r - O e t k e r, Handbuch des Strafprozesses, begründet von Glaser, Bd. 3 fortgesetzt von Oetker, Leipzig 1907
- G o l d s c h m i d t, J., Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925
- G r a m m a t i c a, F., Principi di difesa sociale, Padua 1961
- H é l i e, F., Traité de l'instruction criminelle, 8 Bde., 2. Aufl., Paris 1866 - 1867
- H é l i e, F., B r o u c h o t, Pratique criminelle des cours et tribunaux, Code d'instruction criminelle, 2 Bde., 5. Aufl., Paris 1951
- H é l i e, F. et J. B r o u c h o t, Analyse et commentaire du Code de procédure pénale, Paris 1960
- H e n k e l, H., Strafverfahrensrecht, ein Lehrbuch, Stuttgart, Köln, 1953
- , Strafverfahrensrecht, ein Grundriß, Salzgitter 1950

IX

- H i p p e l, R.v., Der deutsche Strafprozeß, Lehrbuch,
Marburg 1941
- H o l d e f l e i B, Der Augenscheinsbeweis im mittelalterlichen deutschen
Strafverfahren, Deutschrechtliche Forschungen,
Heft 6, 1933
- H o l t z e n d o r f f, Frh. v., Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts,
2 Bde., Berlin 1879
- J o h n, R.E., Kommentar zur StPO, Bd. 1 - 3, Erlangen 1884 ff.
- K e r n, E., Strafverfahrensrecht, 6.Aufl., München und
Berlin 1960
- K l e e, H.J., Die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme im Strafverfahren,
Berlin 1937
- K l e i n k n e c h t, M ü l l e r, R e i t b e r g e r,
Kommentar zur StPO, 4.Aufl., Nürnberg 1958
- K n a p p, H., Alt-Regensburger Gerichtsverfassung, Strafverfahren
und Strafrecht bis zur Carolina, Berlin 1914
- K o h l e r - S c h e e l, Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.,
Halle 1900
- K o h l r a u s c h, E., Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz
mit Nebengesetzen, 24.Aufl., Berlin, Leipzig 1936
- K ö s t l i n, R., Der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens im
19.Jahrhundert, Tübingen 1849
- K r i e s, A. v., Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts,
Freiburg 1892
- L a t t a n z i, G., Rassegna di giurisprudenza sul codice di procedura
penale, Mailand 1953 - 1957
- L é a u t é, J., Garde à vue, expertise, action civile, Travaux de
l'Institut de sciences criminelles et pénitentiaires,
Paris 1960

- L e o n e, G., Lineamenti di diritto processuale penale, 4.Aufl., Neapel 1956
- L e P o i t t e v i n, G., Code d'instruction criminelle annoté, 2 Bde., Paris 1911 - 1915, 1926
- L o b e, Die Ablehnung von Beweisanträgen im Strafprozeß, in LZ 1914, Sp. 977 ff.
- L ö w e - R o s e n b e r g, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 20.Aufl., Berlin 1953 - 1958
- L o z z i, G., La presentazione dei testimoni all'udienza di pretura, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, Nuova Serie, Mailand, 1960, S. 617
- M a n z i n i, V., Trattato di diritto processuale penale italiano, 4 Bde., 5.Aufl., Turin 1956
- M a r s i c o, A.de, Lezioni di diritto processuale penale, 3.Aufl., Neapel 1952
- M a t t i a, A.de, Il codice di procedura penale italiano, commentato articolo per articolo, e le norme complementari, 2 Bde., Mailand 1960
- M a y e r, H., Der Sachverständige im Strafprozeß, in Festschrift für E.Mezger, 1954, S.469 ff.
- , Zum Aufbau des Strafprozesses, in GS 104 (1934), S.302 ff.
- M e z g e r, E., Der psychiatrische Sachverständige, Beilageheft zu Bd.117 des Archivs für zivilistische Praxis, Tübingen 1918
- N i e t h a m m e r, Der Kampf um die Wahrheit im Strafverfahren, in Festschrift für W.Sauer, Berlin 1949 S.26 ff.
- O r t i a l, Le supplément d'information dans la procédure criminelle, Thèse Montpellier 1950
- P a t a r i n, Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal, in Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, Paris 1956

P é j u, M., Le procès du réseau Jeanson, Paris 1961

P e t e r s, K., Strafprozeß, ein Lehrbuch, Karlsruhe 1952

P i s a n i, M., L'attendibilità delle testimonianze e il giudizio d'appello, in Rivista italiana di diritto e procedura penale Jg.1960 S.354 ff.

P l a n c k, J.W., Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter, Braunschweig 1879

R a d b r u c h, Wahrunterstellung im Strafprozeß, in Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd.V, S.202 ff., Berlin und Leipzig 1929

S a n t o r o, A., Manuale di diritto processuale penale, Turin 1954

S a r s t e d t, W., Die Revision in Strafsachen, 4., verbesserte und wesentlich erweiterte Aufl. des von Kammergerichtsrat Kurt G r a g e begonnenen Werkes, Essen 1962

S a u e r, W., Grundlagen des Prozeßrechts, Stuttgart 1919

- , Allgemeine Prozeßrechtslehre, Berlin 1951

S c h e n k, Der entbehrliche Beweis vor dem erkennenden Gericht, Diss. Heidelberg 1953

S c h m i d t, Eb., Lehrkommentar zur StPO, Teil I und II, Göttingen 1952, 1957

- , Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 2.Aufl., Göttingen 1951

- , Inquisitionsprozeß und Rezeption, Leipzig 1940

S c h o e t e n s a c k, Der Strafprozeß der Carolina, Leipzig 1904

S c h w a r z - K l e i n k n e c h t, Kurzkomentar zur StPO, 23.Aufl., München und Berlin 1962

- S c h w i n g e, E., Grundlagen des Revisionsrechts, 1.Aufl., 2.Aufl.,
Bonn 1935, 1960
- S i m a d e r, W., Die Ablehnung von Beweisanträgen in der Hauptverhandlung,
Würzburger Abhandlungen zum deutschen und ausländischen Prozeßrecht,
Heft 27, 1933
- S i r a c u s a n o, D., Studio sulla prova delle esimenti,
Mailand 1959
- S p r a n g, H., Die Zulassung des Beweises vom Hörensagen, insbesondere im
Rahmen des § 252 StPO, Diss. Göttingen 1960
- S t é f a n i - L e v a s s e u r, Procédure pénale, Précis Dalloz,
nebst suppl., Paris 1959-60
- S t e i n, F., Das private Wissen des Richters, Leipzig 1893
- S t e n g l e i n, M., Kommentar zur StPO für das deutsche Reich,
Nördlingen, 1885
- S t e r n, W., Jugendliche Zeugen in Sittlichkeitsprozessen, ihre Behandlung
und psychologische Begutachtung, Leipzig 1926
- S t ü t z e l, K., Der Beweisantrag im Strafverfahren, Würzburger Abhand-
lungen zum deutschen und ausländischen Prozeßrecht, Heft 24, 1932
- T h i l o, Die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich, Berlin 1878
- U l l m a n n, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts,
München 1893
- V a n n i n i, O., Manuale di diritto processuale penale italiano,
Mailand 1956
- V i t u, A., Procédure pénale, Paris 1957, Mise à jour au 2 mars 1959
- V o i t u s, Kommentar zu der StPO für das deutsche Reich,
Berlin 1877
- V o u i n - L é a u t é, Droit pénal et procédure pénale,
Paris 1960

XIII

W e s t h o f f, U., Über die Grundlagen des Strafprozesses mit besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts, Neue Kölner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 1, Berlin 1955

Z a c h a r i a e, H.A., Handbuch des deutschen Strafprozesses, I, II, Göttingen 1860, 1868

Weitere Literaturnachweise in den Anmerkungen

XIV

Abkürzungsverzeichnis

B.	Bulletin des arrêts ^A de la Cour de cassation, Chambre criminelle, Paris
C.I.C.	Code d'instruction criminelle, annoté d'après la Doctrine et la Jurisprudence, Petits Codes Dalloz, 49.Aufl., Paris 1957
C.P.P.	Code de procédure pénale, annoté d'après la Doctrine et la Jurisprudence, Petits Codes Dalloz, 3.Aufl., Paris 1962
c.p.	codice penale in Codice penale e codice di procedura penale, Manuali Hoepli, Mailand 1961
c.p.p.	codice di procedura penale in Codice penale e codice di procedura penale, Manuali Hoepli, Mailand 1961
c.p.p. 1913	Codice di procedura penale, commentato con la giurisprudenza, richiami legislativi e bibliografici e indici per cura dell'Avv. Prof. A. J a n n i t t i, Codici Barbèra, Nuova Serie, Florenz 1921
c.p.p. 1865	Codice di procedura penale del Regno d'Italia, Turin 1865
D.	Recueil général des lois et des arrêts ^A , Edit. Dalloz, Paris
D.H.	Recueil hebdomadaire de jurisprudence, Edit. Dalloz, Paris
D.P.	Recueil périodique et critique mensuel, Edit. Dalloz, Paris
Giur.compl.	Giurisprudenza completa della corte suprema di Cassazione, Sezioni penali, Edizione dell'Istituto italiano di studi legislativi, Rom

Giust.pen.	La giustizia penale, Rivista mensile di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione, Rom
Hahn	Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung, herausgegeben von H a h n, 2.Aufl. herausgegeben von S t e g e m a n n, 2 Bde, Berlin 1885; 1886
J.-Cl.	Juris-Classeur de procédure pénale, Paris
J.-Cl.Instr.Crim.	Juris-Classeur d'instruction criminelle, Paris
J.C.P.	Juris-Classeur périodique (La Semaine juridique), Doctrine-Jurisprudence-Textes, Editions techniques, Paris
J.O.	Journal officiel de la République française, Paris
La proc.pen.	La procedura penale, Teil III der Giustizia penale, Rivista mensile di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione, Rom
Lavori preparatori	Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, Bd. 8 - 12, Rom 1930
Lavori preparatori 1902	Osservazioni e pareri richiesti con circolare 10 luglio 1900 dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Gianturco) su i principi adottati dalla Commissione Ministeriale, 4.Bd., Rom 1902
P.	Journal du Palais, Recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence, Paris
Progetto del c.p.p. Finocchiaro - Aprile	Progetto del codice di procedura penale per il Regno d'Italia presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti, Finocchiaro-Aprile, nella seduta del 28 nov.1905, parte I, Relazione ministeriale, Rom 1905

Rép. Crim.	Répertoire de droit criminel et de procédure pénale, publié sous la direc- tion de M.A.Besson, Edit. Dalloz, Paris
Rev.science crim.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, Paris
Riv.dir.proc.pen.	Rivista di diritto processuale penale, Ediz. Dott.A.Giuffrè, Mailand
Riv.it.dir.pen.	Rivista italiana di diritto penale, Ediz.Dott.A.Giuffrè, Mailand
Riv.it.dir.e proc.pen.	Rivista italiana di diritto e proce- dura penale, Nuova Serie, Ediz.Dott. A.Giuffrè, Mailand
Riv.pen.	Rivista penale, Società Editrice Temis
S.	Recueil général des lois et des arrêts, Edit. Sirey, Paris
Scuola positiva	La scuola positiva nella dottrina e nella giurisprudenza penale, Mailand
StPÄG v. 7.2.1962	Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der StPO und des GVG v. 7.2.1962, Bundestags-Drucksache IV / 178

Einleitung: Die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme und die Prozeßprinzipien

Die Frage nach der "Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme" betrifft das Problem, inwieweit die Parteien durch Herbeischaffung der Beweismittel zur Hauptverhandlung und durch Stellung von Beweisanträgen die Erstreckung der Beweisaufnahme beeinflussen können. Es handelt sich um die Abgrenzung der Machtfülle des Richters gegenüber den prozessualen Befugnissen der Parteien in Bezug auf die Ausdehnung des Beweisverfahrens.

Die Frage hat sich erst mit Einführung des reformierten Strafprozesses gestellt. Wie der geschichtliche Teil der Arbeit zeigen wird, kann sie nämlich auf der einen Seite in einem rein durchgeführten Parteiprozeß keine Rolle spielen, da hier die Parteien das gesamte Beweismaterial in den Prozeß einzuführen haben - der Ankläger das Belastungs-, der Angeklagte das Entlastungsmaterial. Die Initiative, einen Beweis zu erbringen, liegt bei den Parteien. Sie allein bestimmen daher den Umfang der Beweisaufnahme. Der Richter ist demgegenüber auf eine rein passive Rolle beschränkt. Er hat lediglich darüber zu wachen, daß die prozeßrechtlichen Spielregeln bei der Erhebung des Beweises eingehalten werden.

Auf der anderen Seite hat sich die Frage auch für den Inquisitionsprozeß nicht gestellt. Im Gegensatz zum Parteiprozeß bestimmt hier der Richter den Umfang der Beweisaufnahme. Er wird von sich aus tätig; er sammelt und erhebt die Beweise in dem ihm zweckdienlich erscheinenden Umfang. Der Angeklagte ist der Macht des Richters ausgeliefert; er ist nicht Partei und deshalb nicht mit selbständigen prozessualen Rechten ausgestattet, sondern lediglich Gegenstand der Untersuchung.

Erst in einem Prozeß, der einerseits als Parteiprozeß ausgestaltet ist, andererseits jedoch vom Inquisitionsprozeß das Instruktionsprinzip übernommen

hat-sich also als ein aus beiden extremen Prozeßarten gemischter Prozeß darstellt -, kann die Frage von Bedeutung sein, wer den Umfang der Beweisaufnahme bestimmen soll. Nach dem Instruktionsprinzip muß der Richter von sich aus alles tun, was zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist. Er kann an dieser Tätigkeit durch Anträge und Verzichte der Parteien - anders als im Zivilprozeß, in dem das sog. formelle Wahrheitsprinzip gilt - nicht gehindert werden. Dieser negativ einschränkenden Tätigkeit der Parteien steht der Strafrichter unabhängig gegenüber. Er kann und muß die Beweisaufnahme auch gegen den Willen der Parteien von Amts wegen so weit ausdehnen, wie es die Erforschung der materiellen Wahrheit gebietet.

Es fragt sich aber, ob der Strafrichter diese freie Stellung auch solchen Parteienanträgen gegenüber einnehmen soll, mit denen die Parteien positiv an der Aufklärung des Sachverhalts mitarbeiten wollen. Es handelt sich hier um Anträge, mit denen die Parteien vom Richter die Erhebung bestimmter Beweise verlangen, die der Richter von sich aus nicht ohne weiteres prüfen würde. Soll der Richter in diesem Falle gehalten sein, den von den Parteien gewünschten Beweis zu erheben, auch wenn er selbst sich von dem Beweisergebnis für die Ermittlung der Wahrheit nichts verspricht? Sollen mit-hin die Parteien den Umfang der Beweisaufnahme wirksam beeinflussen können? Oder ist das Problem von der Prozeßordnung am besten gelöst, die die Entscheidung über den Antrag dem richterlichen Ermessen anheimstellt und allen-falls eine mehr oder weniger eingehende Begründung der Entscheidung verlangt?

Fast möchte es allerdings scheinen, als ob der Befugnis des Angeklagten, den Richter zu einer bestimmten Beweiserhebung zu veranlassen, nur eine ge-ringe Bedeutung zukommen könne innerhalb des modernen Strafprozesses, der vom Grundsatz beherrscht wird, dem Angeklagten müsse seine Schuld nachge-wiesen werden. Kann doch danach vom Angeklagten kein Beweis für seine Behaup-tungen gefordert werden. Vielmehr muß von Amts wegen alles bewiesen werden, was Voraussetzung des staatlichen Strafanspruchs ist. Eine irgendwie gear-tete Behauptungs- und Beweislast ist dem Strafprozeß im Gegensatz zum Zivil-

prozeß fremd. Da jedoch die Möglichkeit besteht, daß trotz der Prüfungs- und Ermittlungspflicht des Gerichts erhebliches Beweismaterial übersehen wird, muß bei dem tatsächlichen Prozeßverlauf auch der Angeklagte um die Ermittlung des Entlastungsmaterials bemüht sein ¹⁾; denn die im Strafprozeß geltenden Prinzipien der materiellen Wahrheit und der freien Beweiswürdigung gestatten es dem Richter, nach Erhebung der von der Staatsanwaltschaft beantragten Beweise von deren Richtigkeit und damit von der Schuld des Angeklagten überzeugt zu sein. Dann hilft es dem Angeklagten in der Regel wenig, wenn er die Wahrheit der durch Beweise belegten Behauptungen des Staatsanwalts bestreitet; denn wie der Strafrichter einerseits das Geständnis nicht ohne Rücksicht auf seine Glaubwürdigkeit als wahr hinnehmen darf, so braucht er andererseits über eine Tatsache nicht lediglich deshalb, weil sie bestritten ist, Beweis zu erheben ²⁾. Er kann vielmehr das Bestreiten im Wege der freien Beweiswürdigung als unglaubhaft behandeln ³⁾. Es ist daher für den Angeklagten von größter Bedeutung, den Richter dazu anhalten zu können, nicht nur ihn, sondern auch seine Zeugen zu seiner Darstellung anzuhören und auch die übrigen vorgebrachten Beweismittel zu berücksichtigen. Da die Beweisaufnahme die tatsächliche Grundlage für die Urteilsfindung durch den Richter schafft, muß der Angeklagte in hohem Maße daran interessiert sein, an der Zusammenstellung des Beweismaterials mitzuwirken, durch Stellung von Beweisansträgen oder durch unmittelbare Herbeischaffung des Beweismaterials zur Hauptverhandlung auf den Umfang der Beweisaufnahme Einfluß zu gewinnen.

1) Sog. faktische Beweislast, vgl. Glaser, Lehre vom Beweis, S. 102; Westhoff, S. 160.

2) Vgl. Glaser, Lehre vom Beweis, S. 100 ff.; Alsberg-Nüse S. 9/10.

3) Das Prinzip der freien Beweiswürdigung ist es also, das zu Beweisansträgen Veranlassung gibt, vgl. Glaser und Alsberg-Nüse wie in Fußnote 2)

Das Maß der Mitwirkung und Einflußnahme der Parteien auf den Umfang der Beweisaufnahme wird verschieden sein, je nachdem, ob man im Beweisverfahren das Inquisitionsprinzip oder das Parteiprinzip überwiegen läßt. Das Kräfteverhältnis dieser beiden Prinzipien wird wiederum bestimmt von den jeweils herrschenden staatsideologischen Anschauungen über das Verhältnis des einzelnen gegenüber dem Staat. So wird ein autoritärer Staat geneigt sein, unter Hervorhebung des Inquisitionsprinzips die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme allein dem Richter zu überlassen; er wird die Bescheidung von Beweis- anträgen in das Ermessen des Gerichts stellen. Er kann dabei so weit gehen, daß er dem Richter nicht einmal die Begründung eines ablehnenden Bescheids auferlegt. Ein liberaler Staat hingegen wird dem Parteiprinzip auch und gerade im Beweisverfahren Wirkung verleihen. Er wird den Prozeßbeteiligten nicht nur formal die Stellung von Prozeßparteien einräumen, sondern er wird sie zu ihrem Schutz auch mit Rechten und Befugnissen ausstatten, die die Macht des Richters einzuschränken geeignet sind. Das Beweisantragsrecht wird so zum wichtigsten Parteirecht im Beweisverfahren und des Verfahrens überhaupt. Aber auch innerhalb des Prozesses sind die Gewichte verschieden verteilt. So hat man das Vorverfahren überwiegend inquisitorisch ausgestaltet, um die Wahrheitsermittlung nicht zu gefährden. In diesem Prozeßabschnitt steht daher dem Angeklagten ein durchsetzbares Beweisrecht nicht zu. Ein von ihm gestellter Beweisantrag hat hier nur die Bedeutung einer Beweisanregung.

Die Untersuchung wird sich daher im wesentlichen auf den Umfang der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung beschränken; der Beweisantrag in den anderen Verfahrensabschnitten wird demgegenüber nur ergänzend erörtert.

Das Hauptgewicht soll auf die Darstellung des ausländischen Rechts gelegt werden, zumal es sowohl im französischen wie im italienischen Recht an entsprechenden Monographien fehlt und auch die Lehrbuchliteratur über das Recht des Beweisantrags meist nichts oder nur vereinzelte Hinweise enthält.

Mit vorliegender Arbeit soll daher erstmals eine Zusammenfassung der ausländischen Rechtsprechung und Literatur zu dieser Frage versucht werden.

Um die Eigenart eines jeden Rechts berücksichtigen zu können, erschien es angezeigt, jedes Recht zunächst für sich zu behandeln, wobei jedoch der größeren Anschaulichkeit wegen schon hier jeweils auf die abweichende Regelung eines anderen Rechts hingewiesen wird.

Im rechtsvergleichenden Teil der Arbeit werden dann, um Wiederholungen zu vermeiden, nur noch die Grundlinien einer jeden Verfahrensordnung in dieser Frage herausgearbeitet und einander gegenübergestellt.

Das deutsche Recht soll dagegen, von einzelnen Fragen abgesehen, nur in den wesentlichen Zügen wiedergegeben werden. Auf Einzelheiten mußte und konnte verzichtet werden, da es in Deutschland wiederum zu jedem Einzelproblem der Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme eine umfangreiche Literatur gibt, auf die an entsprechender Stelle verwiesen wird. Im Gegensatz zu dieser knappen Darstellung wird auf die Geschichte des Beweisantrags ausführlicher eingegangen, als dies gewöhnlich üblich ist; sie erweitert das Verständnis für das Recht des Beweisantrags und vor allem für die Rolle, die dieses Problem seit jeher in Deutschland gespielt hat. Mit solcher Heftigkeit wie in Deutschland ist es in keinem anderen Land diskutiert worden. Man könnte daher geneigt sein zu sagen, die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme sei ein spezifisch deutsches Problem.

ERSTES KAPITEL

Die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme im deutschen Recht

A. Historischer Überblick

§ 1. Kurzer Überblick bis 1877

I. Altdeutsches Strafverfahren:

Der germanische Rechtsgang, der noch keine Trennung zwischen "Zivilsachen" und "Strafsachen" kannte, zielte im Regelfall darauf ab, den außergerichtlich nicht gelungenen Sühnevertrag zwischen den streitenden Parteien vor Gericht herbeizuführen¹⁾. Das Verfahren wurde durch eine Klage seitens des Verletzten eingeleitet; es spielte sich als ein stréitiges Verhandeln der Parteien vor Gericht ab. Es zeigte jedoch noch deutlich die Spuren seiner Herkunft aus der Selbsthilfe²⁾. Klage, Antwort und alle Verhandlungen vor Gericht stellten einen wirklichen "Wortkrieg"³⁾ dar, der zu einem Kampfe mit Waffen führen konnte. Daher ging auch das Beweisverfahren in der Form eines Kampfes mit dem Gegener vor sich⁴⁾. Die Beweismittel, die in ihrer Art und Bedeutung gemäß dem früher geltenden Formalismus genau bestimmt waren⁵⁾, bildeten die Waffen der Parteien, mit denen sie den gerichtlichen Streit zu entscheiden suchten. Der Beweis wurde daher nicht dem Gericht, sondern der Gegenpartei erbracht, und zwar durch die Erfüllung bestimmter

1) Vgl. v. Amira S.161

2) Vgl. v. Amira a.a.O.; Westhoff S.52

3) Vgl. Holdefleiss S.1; Köstlin S. 215

4) Vgl. v. Amira S.161/164; Holdefleiss S.1.

5) Vgl. v. Amira a.a.O.

vorgeschriebener Formen, die die Behauptungen des Beweisführers feierlich erhärten und den Widerspruch des Gegeners beseitigen sollten. Es kam nicht darauf an, dem Gericht die Überzeugung von der Wahrheit der streitigen Tatsachen zu verschaffen; vielmehr entfaltete schon die bloße Vornahme der vorgeschriebenen Formalakte bestimmte Rechtswirkungen, die der Gegner anzuerkennen oder seinerseits durch die Vornahme anderer Formalakte zu entkräften hatte¹⁾. Da jedes Beweismittel ein Kampfmittel war, mußte sich die Partei zu seinem Gebrauch erbieuten. Ihr blieb es überlassen, ihr Recht darauf geltend zu machen²⁾.

Die Tätigkeit des Gerichts bezog sich demgegenüber nur auf die Wahrung der strengen Form. Seine Aufgabe beschränkte sich darauf, das Verfahren, das sich vor ihm abspielte, zu überwachen und die Anwendung der Beweismittel auf ihre Vorschriftsmäßigkeit hin zu prüfen³⁾. Das Gericht hatte demnach eine rein schiedsrichterliche Stellung inne und zwar nicht befugt, von sich aus irgendwelche Beweise zu erheben⁴⁾. Der Prozeß wurde vielmehr in allen seinen Stadien von völlig selbständigen Handlungen der Parteien vorwärtsbewegt⁵⁾. Im altdeutschen Strafverfahren gab es daher kein Problem der Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme.

IV. Entwicklung bis zum Inquisitionsprozeß:

Mit Erstarken der Staatsgewalt wurde die Verfügungsgewalt der Parteien

1) Vgl. v. Amira S. 269; Planck S. 2, 3, 5, 14.

2) Vgl. v. Amira S. 164; Planck S. 15, 20; Köstlin S. 265

3) Vgl. Planck S. 2, 3, 14; Holdefleiss S. 2; v. Kries S. 12

4) Vgl. Planck S. 2; Schoetensack S. 38; Köstlin S. 215, 216

5) Vgl. Westhoff S. 51; Planck S. 2, 3.

Über den Streitstoff durch gerichtliche Autorität und Mitwirkung immer mehr zurückgedrängt ¹⁾. Die Verhandlung spielte sich nicht mehr in der Form einer direkten Auseinandersetzung zwischen den Parteien ab, sondern unter maßgeblicher richterlicher Leitung. Der Parteiwille als ursprünglich allein bewegende Kraft des Verfahrens wurde immer mehr durch den Staatswillen abgelöst.

Auch im Beweisverfahren schwächte sich dementsprechend der Parteigedanke ab. Der Beweis war allmählich darauf gerichtet, den Sachverhalt unter Selbständigkeit gegenüber dem Parteivortrag auf seine Wahrheit zu erforschen. So erfuhren Inquisitionszeugenbeweis und Gerichtszeugnis allmählich allgemeine Verbreitung. Der Urkundenbeweis und vor allem das Beweismittel des Augenscheins gelangten zu großer Bedeutung ²⁾. Beim Ausgang des Mittelalters war bereits die Beweissammlung durch den Richter bekannt ³⁾. Er konnte ohne Rücksicht auf die Partei Sachkundige heranziehen ⁴⁾.

Eine Urteilsschelte wegen Ablehnung von Parteianträgen gab es jedoch nicht.

III. Das Inquisitionsverfahren

Im Gegensatz zum altdeutschen Strafverfahren kannte der Inquisitionsprozeß keine Parteien. Das Verfahren wurde vom Richter alleinverantwortlich und autoritär geführt. Er hatte von Amts wegen für die umfassende Klärung und Prüfung des Straffalles zu sorgen. Zwar hatte noch die Carolina den durch Anklage eingeleiteten Prozeß als den regelmäßigen Verfahrenstyp angesehen ⁵⁾;

1) Vgl. Westhoff S.55

2) Vgl. im einzelnen hierzu Holdefleiss, (Der Augenscheinsbeweis im mittelalterlichen deutschen Strafverfahren.)

3) Vgl. Westhoff S.68

4) Vgl. Knapp S. 113.

5) Vgl. Art. 11 ff.PGO.

der von Amts wegen eingeleitete Prozeß galt zunächst noch als processus extraordinarius. Der sog. Anklageprozeß unterschied sich vom Inquisitionsprozeß jedoch nur in der Form seiner Einleitung. Seinem Inhalte nach war er ebenfalls vom Inquisitionsprinzip beherrscht ¹⁾. In der Folgezeit wurde der "Anklageprozeß" daher immer mehr in den Hintergrund gedrängt und letzten Endes nirgends mehr durchgeführt ²⁾.

Sowohl nach der Carolina als auch im späteren gemeinrechtlichen Prozeß waren alle Verfahrensaufgaben in die Hand des Richters gelegt; er hatte sowohl für die Verfolgung der Verbrechen zu sorgen als auch die Unschuldigen vor Ungerechtigkeit zu schützen ³⁾. Die ursprünglich als schützend gedachten Formen wurden immer mehr beseitigt. Der Richter herrschte unumschränkt nach freiem Ermessen über das Verfahren unter Ausschaltung aller selbständigen Verfahrensrechte des Beschuldigten ⁴⁾. Lediglich hinsichtlich der Beweiswürdigung engte ein System starrer, gesetzlicher Beweisregeln die fast völlige richterliche Ungebundenheit ein ⁵⁾.

Gegenüber dieser Allmacht des Richters war der Angeklagte zum Gegenstand des Verfahrens herabgedrückt ⁶⁾. Er war "ein seiner Freiheit beraubter, von dem Verkehr mit der Außenwelt, mit Freunden, Verwandten und allen, die ihm Mittel zur Verteidigung liefern könnten, völlig abgeschlossener ... Gefangener, ... der Alles, was er zu seiner Vertheidigung aus sich selbst zu schöpfen vermag, demjenigen anvertrauen und ins Gewissen schieben muß, welcher ihn als einen wahrscheinlich Schuldigen gefesselt hält, und von dessen beliebigem Ermessen es abhängt, ob und inwieweit er auf die vorgebrachten Vertheidigungsgründe einzugehen für nöthig halten oder sie als leere Ausflüchte übergehen will." ⁷⁾

1) Vgl. Eb.Schmidt, Inquisitionsprozeß und Rezeption, S. 4 ff., insbes. S. 7

2) Vgl. Zachariae S. 145; v. Kries S. 36

3) Sog. materielle Verteidigung, vgl. Art. 47 PGO.

4) Vgl. Zachariae S. 145, 146.

5) Vgl. Westhoff S. 92.

6) Vgl. Schoetensack S. 94.

7) Köstlin S. 81.

Zwar durfte dem Angeschuldigten ein rechtlicher Beistand, ein sogenannter Defensor, nicht verwehrt werden ¹⁾. Diese sog. formelle Verteidigung blieb jedoch gewöhnlich nur eine leere Förmlichkeit, da sie erst nach Schließung der Untersuchungsakten eintrat. Zu diesem Zeitpunkt war es gewöhnlich nicht mehr möglich, unberücksichtigt gebliebene Verteidigungsbeweise nachzuholen ²⁾.

Ein selbstständiges Beweisantragsrecht stand weder dem Angeklagten noch seinem Verteidiger ³⁾ zu. Dem Richter wurde zwar mehrfach vorgeschrieben, daß er den Angeklagten zur Verteidigung ermahnen und darüber hinaus von Amts wegen alle hierzu dienlichen Umstände berücksichtigen sollte ⁴⁾; aber niemals wurde ihm die Verpflichtung auferlegt, irgendwelchen Anträgen und Gesuchen des Angeklagten stattzugeben ⁵⁾.

Diese Gestaltung des Verfahrens entsprach dem polizeistaatlichen Denken des aufgeklärten Absolutismus ⁶⁾. Die eigenständige Wahrnehmung seiner Belange wurde dem Angeklagten aus der Hand genommen und dem Richter übertragen. Dieser beherrschte das Verfahren in vollem Umfang. Der Angeklagte hingegen wurde unter Mißachtung seiner Persönlichkeit zum bloßen Gegenstand des Verfahrens herabgedrückt. In einem solchen Verfahren, das keine Parteien kannte, konnte es auch keine Parteirechte, mithin auch kein Problem des Beweisantragsrechts geben. Die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme lag naturgemäß einzig und allein beim Richter.

1) Vgl. Art. 151, 155, 156 PGO.

2) Vgl. Köstlin S.83, 84.

3) Vgl. Schoetensack S.94.

4) Vgl. Art. 6, 8, 47 PGO.

5) Vgl. Schoetensack S.101.

6) Vgl. zur Entwicklung von der PGO zum aufgeklärten Prozeß: Eb.Schmidt, Einführung, S.257 ff.

IV. Reformbestrebungen bis zur Strafprozeßordnung von 1877 ¹⁾

Der Einfluß des aufkommenden Liberalismus brachte ernsthafte Bestrebungen nach einer Reform des gemeinen deutschen Inquisitionsverfahrens mit sich. Das Schrifttum (u.a. Mittermaier, Zachariae, Köstlin, Stübel) wandte sich immer deutlicher gegen die Nachteile des Inquisitionsverfahrens, insbesondere gegen die völlig machtlose Stellung des Beschuldigten gegenüber der allmächtigen Staatsgewalt. Man forderte vor allem die Trennung der Verfahrensfunktionen der Anklage, der Verteidigung und des Urteilens, die bisher alle drei in der Hand des Richters vereinigt waren. Die Hauptziele der Reformbewegung wurden schließlich als "Grundrechte des deutschen Volkes" in den Entwurf der deutschen Reichsverfassung von 1848 aufgenommen ²⁾. Eine einheitliche Regelung erfolgte jedoch zunächst nicht. Nur in den einzelnen deutschen Ländern kam es zu Verfahrensreformen, die in jedem Land anders und zu einem anderen Zeitpunkt durchgeführt wurden ³⁾. So gab es um 1877 etwa 20 verschiedene Strafverfahrensordnungen in Deutschland, wobei in den einzelnen Ländern ihren Landschaften entsprechend auch noch wieder in sich verschiedene Verfahrensordnungen galten ⁴⁾. Fast jedes Land stützte sich bei der Durchführung der Reform auf den "Code d'Instruction Criminelle" Napoleons von 1808, in dem man die geforderten Grundsätze bereits praktisch verwirklicht sah. Nur in Mecklenburg, Lippe-Detmold, Schaumburg-Lippe und zum Teil auch in Hessen-Nassau, in Lübeck und Waldeck blieb trotz aller Reformbestrebungen das alte Inquisitionsverfahren bis 1877 bestehen ⁵⁾.

1) Vgl. hierzu Eb. Schmidt, Einführung, S.317 ff.

2) Vgl. Holtzendorff Bd.1 S.72.

3) Übersichten über die Strafprozeßgebung der deutschen Länder nach 1848 geben: Planck, Systematische Darstellung, Vorrede S.VIII ff.; Geyer S.146 ff.; Holtzendorff Bd.1, S.65 ff.

4) So besaß Preußen allein ihrer drei, vgl. Geyer S.148;

5) Vgl. Holtzendorff Bd.1 S.75, 76; Geyer S.161; Klee S.38

In den anderen Ländern wurden vielfach zunächst Teilreformen durchgeführt. Das neue Verfahren setzte sich meist nur sehr langsam bis 1877 durch.

Das reformierte Strafverfahren war formal Parteiprozeß; es hatte jedoch sachlich den Untersuchungsgrundsatz beibehalten. Dementsprechend bestand für alle Landesrechte mit reformiertem Strafverfahren die Frage, welche Befugnisse dem Gericht, der Staatsanwaltschaft und dem Angeklagten bei der Beschaffung des Beweismaterials für die Hauptverhandlung im einzelnen zukommen sollten. Es gab für das reformierte Strafverfahren erstmals das Problem der Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme.

Dieses Problem wurde in den meisten deutschen Landesgesetzen im Sinne einer freien Beweisaufnahme gelöst. Nach diesem Grundsatz entschied das Gericht nach seinem freien Ermessen über den Wert einer beantragten Beweisaufnahme. Zwar hatte der Angeklagte formell das Recht, vor und auch noch in der Hauptverhandlung beim Vorsitzenden oder beim Gericht Anträge zur Aufnahme neuer Beweismittel anzubringen. Aber es gab nur in wenigen Landesgesetzen Bestimmungen, die den Richter verpflichteten, die auf Vorladung oder Gestellung seitens des Angeklagten oder auf Vorladung des Gerichts in der Hauptverhandlung erschienenen Zeugen und Sachverständigen zu vernehmen; nach keiner deutschen Landesstrafverfahrensordnung hatte der Angeklagte einen Anspruch darauf, daß in der Hauptverhandlung gestellten Anträgen auf Vernehmung weiterer nicht vorgeladener oder gestellter Zeugen und Sachverständigen oder Anträgen auf Einnahme eines Augenscheins stattgegeben werde.¹⁾

Der Vorsitzende des Gerichts hatte zwar auf Grund der ihm nach französischem Vorbild eingeräumten sog. diskretionären Gewalt stets das Recht, während der

1) Vgl. Schwarze, Über die Bestimmung und Wahl der Zeugen bei der Hauptverhandlung, GS Jahrgang 6, Bd. 1 S. 329 ff., S. 338 ff.; Mittermaier, Über die Stellung des Assisenpräsidenten, GS Jahrgang 1, Bd. 1 S. 17 ff., S. 25 ff.; Zachariae Bd. 1 S. 328 ff., insb. S. 331, 332; Bd. 2 S. 362 ff.; Klee S. 93.

Hauptverhandlung auch bisher noch nicht benannte Zeugen und Sachverständige und andere ihm geeignet erscheinende Beweismittel herbeizuziehen. Er übte dieses Recht jedoch ausschließlich nach freiem Ermessen aus, ohne an Anträge der Verfahrensbeteiligten gebunden zu sein.^{1) 2)} Die reformierten Verfahrensordnungen gaben dementsprechend dem Angeklagten bei Ablehnung von Beweisansprüchen nicht das Recht, aus diesem Grunde das Urteil anzugreifen. Auch hier herrschte der Richter den Ansprüchen der Parteien gegenüber letzten Endes noch souverän.

§ 2 Die Strafprozeßordnung von 1877

Das Beweisrecht, wie es durch die Landesstraßprozeßordnungen und die Übung der Gerichte geregelt war, gab mithin keineswegs Veranlassung, in der Reichsstraßprozeßordnung die Fälle aufzuzählen, in denen die Ablehnung von Beweisansprüchen zulässig sein sollte. So kam es, daß der Entwurf einer StPO von 1874 zunächst lediglich die Bestimmung enthielt:

"Den Umfang der Beweisaufnahme bestimmt das Gericht, ohne hierbei durch Anträge, Verzichte oder frühere Beschlüsse gebunden zu sein."³⁾

Die Motive begründeten diese Bestimmung kurz mit der den Gerichten in E.I § 135 Abs.2 (heute § 155 Abs.2 StPO) eingeräumten Befugnis, innerhalb der durch die Anklage gezogenen Grenzen selbständig tätig zu sein und hoben ausdrücklich die "wichtige Folge" hervor, "daß auch solche Personen, welche von dem Vorsitzenden oder von der Staatsanwaltschaft geladen sind, unvernommen entlassen werden können, wenn sich von ihren Aussagen nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung ein näherer Aufschluß nicht erwarten läßt."⁴⁾

1) Übersicht über die einschlägigen Bestimmungen der einzelnen Länder bei Klee S.93

2) Im franz. Schwurgerichtsverfahren verfügt der Vorsitzende noch heute über diesen "pouvoir discrétionnaire".

3) Vgl. Entwurf I § 199, Entwurf III § 207, in Hahn Bd.1 S.191, 192.

4) Vgl. Motive z. Entwurf III, Hahn Bd. 1 S.192.

Danach sollten die Gerichte sowohl über das in der Hauptverhandlung zur Verfügung stehende Beweismaterial als auch über erst in der Hauptverhandlung gestellte Beweisanträge ausschließlich nach freiem Ermessen entscheiden können. Was die Motive nicht aussprachen, war, daß die Bestimmung, die dem preussischen Recht nachgebildet war ¹⁾, tatsächlich gedacht war als ein Machtwort gegenüber den Bestrebungen, nach denen die Gerichte in ihrer Freiheit bezüglich des Ablehnens von Beweisanträgen beschränkt werden sollten.

Die übergangenen Forderungen wurden denn auch bei der Beratung in der Reichstagskommission sogleich laut. Man wies auf die Mißstände hin, die erfahrungsgemäß bei einer Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme nach freiem Ermessen des Gerichts aufgetreten seien. ²⁾ So berichtete der Abgeordnete Reichensperger während der Beratung des Entwurfs in der Reichstagskommission, daß in Preußen die Tendenz der Gerichte dahin gehe, die Beweisaufnahmen möglichst zu beschränken, so daß 3/4 aller Nichtigkeitsbeschwerden sich um die Frage der unzulässigen Beschränkung der Verteidigung drehen. ³⁾

Ferner wiesen die Gerichte nicht selten Beweisanträge deshalb zurück, weil die vorgeschlagenen Zeugen, auch wenn sie vernommen würden, doch nicht glaubwürdig seien. ⁴⁾

Der Abgeordnete Dr. Bähr endlich berichtete von einer Handhabung des Ablehnungsrechts, die man "Husarenjustiz" genannt habe und die darin bestehe, daß das Gericht erkläre: "ich habe eine so feste Überzeugung, daß ich niemanden weiter zu vernehmen brauche" ⁵⁾.

Aus den Bestrebungen heraus, dem Angeklagten möglichst wirksame Schutzrechte zu gewähren, wurden bezüglich der §§ 199 E.I., 207 E.III mehrfach Änderungsvor-

1) Vgl. Glaser, Bd.1 S.395, 396, 410.

2) Vgl. Hahn Bd.2 S.1582, insb. 1583.

3) Vgl. Hahn Bd.1 S.848.

4) Vgl. Hahn, wie in Fußnote 3).

5) Vgl. Hahn Bd.2 S. 1359.

schläge gemacht. Der bisherige § 207 (E.III) ging schließlich als § 244 a.F. in das Gesetz ein. Danach war der Grundsatz, die Gerichte bestimmten den Umfang der Beweisaufnahme nach freiem Ermessen, hinsichtlich der präsenten Beweismittel nur noch aufrechterhalten für die Verhandlung vor den Schöffengerichten sowie im Verfahren vor den Landgerichten in der Berufungsinstanz, sofern die Verhandlung vor letzteren eine Übertretung betraf oder auf erhobene Privatklage erfolgte (§ 244 a.F.StPO). In allen anderen Fällen aber war die Beweisaufnahme auf sämtliche vorgeladenen Zeugen und Sachverständige sowie auf die anderen herbeigeschafften Beweismittel zu erstrecken. Diese Änderung des ursprünglichen § 199 des Entwurfs wurde damit begründet, daß die Beschränkung in der Beweisführung, wie sie sich aus § 199 ergeben mußte, dem System des neuen Verfahrens widerspreche. Aus dem gleichen Prinzip heraus wurden die Revisionsgründe des § 377 noch um die Ziffer 8 ergänzt; sie entspricht dem § 338 Ziff.8 der StPO in der heutigen Fassung.²⁾

Mit der Abänderung der ursprünglich ganz allgemein gehaltenen Vorschrift des § 199 war aber nunmehr lediglich eine Regelung bezüglich der präsenten Beweismittel getroffen. Der § 244 a.F. enthielt nichts darüber, wie über die Vernehmung der gestellten Zeugen und Sachverständigen und vor allem wie über die erst in der Hauptverhandlung gestellten Beweisanträge zu entscheiden sei. Eine entsprechende Regelung fand sich auch nicht im § 243 oder § 245 StPO a.F. Der § 243 a.F., der dem § 206 E.III entsprach, hatte lediglich die Aufgabe, die Befugnisse des Vorsitzenden einerseits und des Gerichtskollegiums andererseits in Bezug auf die Beweisaufnahme gegeneinander abzugrenzen.¹⁾ Die Ablehnung eines Beweisantrags enthält nach diesen Motiven den Ausspruch, daß der angetretene Beweis selbst dann, wenn er die Behauptung des Antragstellers bestätige, auf die richterliche Überzeugung von der Schuld oder Unschuld des Angeklagten ohne Einfluß sein werde; der eine solche Ablehnung aussprechende Beschluß sei daher im gewissen Sinne schon ein Bestandteil des Endurteils und deshalb demjenigen

1) Vgl. Motive des Entwurfs I zu §§ 206, 207 in Hahn Bd.1 S.191 ff.

2) Unzulässige Beschränkung der Verteidigung in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkte durch Beschluß des Gerichts.

zuzuweisen, der zur Entscheidung über die Schuldfrage selbst berufen sei.¹⁾

Der Entwurf III regelte somit im § 206 nach seinen Motiven nur die formelle Behandlung der erst während der Hauptverhandlung gestellten Beweisanträge, nämlich lediglich im Hinblick auf die zur Entscheidung berufene Stelle - Vorsitzender oder Gericht -, besagte aber nichts über den Inhalt der zu treffenden Entscheidung.²⁾ Der § 245 Abs.1 a.F. (heute § 246 Abs.1) schließlich, der bestimmte, ein Beweisantrag dürfe nicht lediglich wegen verspäteten Vorbringens abgelehnt werden, sagte ebenfalls nichts darüber aus, wie das Gericht über die in der Hauptverhandlung gestellten Beweisanträge zu entscheiden habe.³⁾

Das Schrifttum fasst den § 244 StPO a.F. zunächst überwiegend als Ausnahmeregelung auf. Für alle Fälle, auf die der § 244 StPO a.F. seinem ausdrücklichen Wortlaut nach nicht zur Anwendung komme, sei das System des Entwurfs aufrechterhalten geblieben. Danach habe aber der Grundsatz der freien Beweisaufnahme durch das Gericht gegolten, wie er sich in der preussischen Praxis ausgebildet habe.⁴⁾ Verschiedentlich wurde zur Begründung dieses Ergebnisses auch der § 243 Abs.3 StPO a.F.⁵⁾ herangezogen, obwohl er seiner Entstehungsgeschichte nach mit der Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme überhaupt nichts zu tun hatte. Aus den Worten: "Das Gericht k a n n ..."

1) Man wollte hierdurch eine diskretionäre Gewalt des Vorsitzenden, wie es sie in Frankreich gab, unterbinden.

2) Vgl. Glaser Bd.1 S.409, 410; Hahn Bd.1 S.844 ff.

3) Vgl. Glaser Bd.1 S.409, 410.

4) Vgl. Glaser Bd. 1 S.410; Voitus Anm. zu § 244, S.275 ff.; Löwe, Die StPO für das deutsche Reich, 2.unveränd.Abdruck, Berlin 1879, Anm. 4 ff (9) zu § 243 S.611 ff., Anm.1 ff. zu § 244, S.613 ff.; Thilo Anm. 1 ff. zu § 244, S.281 ff.; Ullmann S.468 ff.; Holtzendorff Bd.2 S.75 ff.

5) "Das Gericht kann auf Antrag oder von Amtswegen die Ladung von Zeugen oder Sachverständigen sowie die Herbeischaffung anderer Beweismittel anordnen."

schloß man, daß das Gericht zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet sei, einem Beweisantrag der Beteiligten stattzugeben.¹⁾

Auch in der Rechtsprechung wurde zunächst § 244 StPO a.F. in dem gleichen Sinne ausgelegt.²⁾ So steht z.B. die Entscheidung RGSt Bd. 1 S.61 (62) noch vollkommen auf dem Boden der Motive zum Entwurf I, wenn es dort heißt, der Richter könne in allen Fällen, die nicht unter den § 244 zu fassen seien, den Umfang der Beweisaufnahme frei bestimmen. Aber schon in den nachfolgenden Entscheidungen wurde dieser Standpunkt in der vorher vertretenen Allgemeinheit nicht mehr aufrechterhalten. In einer jahrzehntelangen Rechtsprechung bildeten sich nunmehr eine Reihe von Ablehnungsgründen heraus, die später in das Gesetz Eingang fanden. Das in der Strafprozeßordnung von 1877 offen gebliebene Problem der Ablehnung von Beweis- anträgen ist mithin nicht von der Rechtswissenschaft, sondern im wesentlichen von der Rechtsprechung gelöst worden.

Im Schrifttum beschränkte man sich zunächst auf eine Wiedergabe der Recht- sprechung des Reichsgerichts über die zur Ablehnung eines Beweisantrags be- rechtigenden Gründe ohne eigene Stellungnahme.³⁾ Als bald befaßte man sich je- doch eingehender mit diesem Problem. Im allgemeinen fand die Rechtsprechung des Reichsgerichts Zustimmung⁴⁾; es gab jedoch auch Stimmen gegen sie.⁵⁾

Ab 1913 endlich setzte eine wahre Flut von Schriften⁶⁾ ein, die sich mit dem

1) Vgl. Löwe, Die StPO für das deutsche Reich, 2.unveränd.Abdruck, Berlin 1879, Anm.4 ff. zu § 243, S.611 ff.

2) Vgl. dazu K.Klee in GA Bd.75 S.90 ff.; Schneidewin, Die Rechtsprechung in Strafsachen, in 50 Jahre Reichsgericht am 1.Okt.1929, Berlin u.Leipzig 1929, S.328 ff.; Ditzgen, S.17 ff.

3) Vgl. Stenglein, Anm.11 ff. zu § 243; John, Anm. 6b ff. zu § 243; Geyer S.680 ff.; Birkmeyer S. 630 ff.; Bennecke 1.Aufl., S.536; Ullmann S.466.

4) Vgl. Glaser Bd.1 S.407 ff.; Bennecke-Beling S.528 ff.

5) Vgl. v.Kries, S.555 ff.

6) Vor allem Dissertationen, die sich jedoch meist in der Wiedergabe der Recht- sprechung des Reichsgerichts erschöpften z.B.: Hammer, Beweisanträge in der Haupt- verhandlung, Diss. Würzburg 1919; Hutze, Das Recht der Parteien auf den Mindestum- fang an Beweisaufnahme im Strafprozeß, Diss.Münster 1923; Grüb, Beweisanträge in der Hauptverhandlung, Diss.Würzburg 1925; Bürgy, Der Einfluß der Parteien auf den Umfang der Beweisaufnahme im Strafverfahren. Diss.Heidelberg 1925; Kurreß, Die Ablehnbarkeit von Beweisanträgen in der Hauptverhandlung, Diss.Halle 1930.

Problem der Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme und der diesbezüglichen Rechtsprechung befaßten. In vielen Anmerkungen zu Entscheidungen wurde von namhaften Autoren (Beling, Alsberg, Lobe) zu der Rechtsprechung des Reichsgerichts Stellung genommen und dieses auf seinem eingeschlagenen Weg zu einer gebundenen Beweisaufnahme bezüglich des erst zur Hauptverhandlung herbeizuschaffenden Beweismaterials ermuntert und förmlich vorwärts gestoßen. Ab 1930 endlich erschienen die ersten grösseren und zum Teil umfassenden Monographien¹⁾, die die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Recht des Beweisantrags in einem System erfassten und rechtsdogmatisch bearbeiteten.

Noch heute aber sind als Grundlage der gesetzlichen Regelung nicht die Lehre und Wissenschaft anzusehen, sondern es ist die Rechtsprechung des Reichsgerichts, die vom Bundesgerichtshof im wesentlichen übernommen und fortgeführt worden ist.

§ 3. Die gesetzliche Entwicklung nach 1877

Die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme blieb Gegenstand der Diskussion einer gesetzlichen Neuregelung. Nachdem mit dem Entwurf der Reichsregierung aus den Jahren 1894/1895 vergeblich versucht worden war, die strenge Bestimmung des § 244 StPO aufzulockern²⁾, beschritt der Entwurf 1908/1911 im § 233 einen anderen Weg. In Anerkennung der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu den §§ 243, 244 StPO. a.F. enthielt er eine erschöpfende Aufzählung der Gründe für die Ablehnung einer Beweiserhebung. Die Gründe sollten sowohl für präsente als auch für erst herbeizuschaffende Beweismittel gelten. Nur in den Verhandlungen vor dem Reichsgericht und dem Schwurgericht war wegen Fehlens einer zweiten Tatsacheninstanz der Beweiszwang hinsichtlich der präsenten Beweismittel

1) Alsberg, Stützel, Simader.

2) Vgl. Verh. d. RT., 9. Leg. Per. 3. Session 1894/95, 1. Anl. Bd. Nr. 15, S. 55 ff.;

4. Session 1895/97, 1. Anl. Bd. Nr. 73.

verstärkt. ¹⁾ Im Entwurf von 1908/1911 wurde somit vom Gesetzgeber zum ersten Male die Entwicklung zur gebundenen Beweisaufnahme anerkannt.

Die Regelung des § 233 E. 1908/1911 ²⁾ wurde in den § 237 E. 1920 übernommen; er fügte den in § 232 enthaltenen Gründen lediglich den der völligen Untauglichkeit des Beweismittels hinzu; auch dieser Entwurf wurde jedoch nicht Gesetz. ³⁾

Die weitere Entwicklung verlief zunächst rückläufig anlässlich der Emminger'schen Reform aus dem Jahre 1924, ⁴⁾ die nicht durch die Abänderung des Wortlauts von § 244, sondern durch die erweiterte Zuständigkeit des Schöffengerichts eine Ausdehnung der freien Beweisaufnahme brachte. Man kritisierte diese Folge der Zu-

1) Verhandl. d. RT., 12. Leg. Per. 1. Session Bd. 254, Drucks. 1310 (Bd. 270).

2) Die Reg. des § 233 d. Entwurfs stieß im Schrifttum zum Teil auf Widerspruch, vgl. Dohna, in DJZ Bd. 16 (1911) Sp. 305 ff.; Hamm in DJZ Bd. 16 (1911), Sp. 309 ff.

3) Während man sich in Deutschland mit der Frage beschäftigte, ob nicht eine über § 244 a. F. StPO hinausgehende Bindung des Gerichts bei der Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme in das Gesetz einzuführen sei, hielt man in Frankreich schon die in § 244 ausgesprochene Bindung des Gerichts für unvereinbar mit den Interessen der staatlichen Verbrechenverfolgung. Das zeigte sich darin, daß man alsbald nach der Abtrennung des Saarlandes von Deutschland nach dem ersten Weltkrieg den im § 244 festgelegten Beweiszwang für präsente Beweismittel in Anlehnung an das französische Recht auf die Verhandlungen vor dem Schwurgericht und dem Obersten Gerichtshof in erster Instanz beschränkte (vgl. VO betreffend die Abänderung der Justizgesetze... v. 3. August 1921, Amtsbl. S. 125 ff., 134).

In Italien lehnte man eine Bindung des Gerichts, wie sie § 244 a. F. StPO enthielt, vollends ab (Vgl. Florian, Prove penali, 1. Aufl. Bd. 2. S. 225, Anm. 1.)

4) RGBl. I S. 15.

ständigkeitsveränderung als eine Entrechtung des Angeklagten.¹⁾ Das Gesetz vom 22.12.1925²⁾ dehnte daraufhin den Beweiszwang für präsente Beweismittel³⁾ auf alle Gerichte aus. Nur noch bei Übertretungen und Privatkldagesachen konnte der Richter den Umfang der Beweisaufnahme nach freiem Ermessen bestimmen. Das Gesetz vom 27.12.1926 schließlich fügte die Prozeßverschleppungsabsicht als Ablehnungsgrund ein.

Mit Gesetz vom 27.12.1926 war die gesetzliche Entwicklung der liberalen Ära hinsichtlich der präsenten Beweismittel zu einem gewissen Abschluß gelangt. Für die erst herbeizuschaffenden Beweismittel galten die von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Grundsätze. An einer entsprechenden Legalisierung fehlte es noch immer.

Der nationalsozialistische Gesetzgeber machte sich alsbald daran, seiner Auffassung vom Verhältnis des einzelnen zum Staat auch im Strafprozeß Geltung zu verschaffen. Die dem Schutze des Angeklagten dienenden Garantien im Beweisverfahren wurden allmählich abgebaut. Zwar nahm das Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 28.6.1935⁴⁾ zum ersten Male ausdrücklich die vom Reichsgericht entwickelten Grundsätze in die Strafprozeßordnung auf (§ 245 Abs.2 StPO); ihre Anwendung war jedoch auf die Verhandlungen von Strafsachen, für die es nur eine Tatsacheninstanz gab, beschränkt. Für die weit größere Zahl der übrigen Strafsachen blieb es bei dem bereits durch Kap.I Art.3 § 1 der NotVO über Maßnahmen auf dem Gebiet der Rechtspflege und Verwaltung vom 14.6.1932⁵⁾ eingeführten Prinzip der freien Beweisaufnahme.⁶⁾ Diese Entwicklung unter der nationalsozialistischen

1) Vgl. Oetker in GS Bd.90 S.350.

2) RGBl. I S.475.

3) seit 22.3.1924 in § 245 StPO geregelt.

4) RGBl. I S.844.

5) RGBl. I S.285.

6) Auftakt zu dieser Entwicklung, wenn auch auf begrenztem Gebiet, war bereits der § 4 d.Kap.III im 8.Teil der VO des Reichspräsidenten zur Sicherheit von Wirtschaft und Finanzen u.zum Schutz des inneren Friedens v.8.12.1931.

Herrschaft gipfelte in der VereinfachungsVO vom 1.9.1939¹⁾, deren § 24 es jedem Gericht gestattete, den Umfang der Beweisaufnahme frei zu bestimmen. Für die Ablehnung von Beweisanträgen kam es nach dem subjektiv gefaßten Wortlaut des Gesetzes weniger darauf an, ob die Erhebung des beantragten Beweises zur Erforschung der Wahrheit tatsächlich erforderlich war, als daß das Gericht sie nach seinem freien Ermessen für erforderlich hielt. Danach konnte nunmehr ein Beweisantrag auch unter Vorwegnahme des Beweisergebnisses zuungunsten des Antragstellers abgelehnt werden. 2) 3) 4)

1) RGBL. I S. 1658.

2) Nach anfänglichem Festhalten an dem Verbot der Beweisantizipation ließ das Reichsgericht schließlich unter der aktuellen Gesetzgebung die vorweggenommene Beweismwürdigung zu: Vgl. RG Bd.74, S.147; RG HRR 1940 Nr. 483; RG Bd.75 S.11.

3) Vgl. zu den nationalsozialistischen Bestrebungen auf dem Gebiete des Strafprozeßrechts Finke, Liberalismus und Strafverfahrensrecht, 1936. Leitmotiv seiner Schrift ist der Satz: "Schaffen wir den autoritären Strafprozeß" (S.25). Finke und die dort angegebenen Autoren forderten die Ausdehnung der Richteramt vor allem im Beweisverfahren. Ein Beweiszwang hinsichtlich präsenter Beweismittel sowie die Bindung des Richters an Beweisanträge der Parteien seien mit der Würde des Richters unvereinbar. Diese liberalistischen Auswüchse seien zu beseitigen (S.53). Ja, man ging sogar so weit, daß man die Prozeßsubjekteigenschaft des Angeklagten abschaffen wollte; in einem autoritären Strafprozeß könne der Angeklagte nicht mehr Träger eigener prozessualer Rechte sein, sondern lediglich "Objekt im Ablauf des Staatsakts" (S.37, insbes. Anm.5 ebenda, S.25). Die Beseitigung des Einflusses der Parteien auf den Umfang der Beweisaufnahme befürworteten K.Klee, G.A.77 S.86 ff. und Anm. in JW 1933 S.1499; H.J.Klee S.143; vgl. auch Bericht von Henkel über die Tagung der deutschen Strafrechtslehrer 1934 in ZStW 54 S.40 und Bruns DR 1940 S.2041 ff.; ferner die bei Finke angegebene Literatur. Es gab jedoch zahlreiche bedeutende Stimmen, die sich gegen diese Ausweitung des Beweisrechts wandten, so Kohlrausch JW 1932 S.2672; Dohna JW 1932 S.2669 ff.; Gerland DJZ 1932 S.1182; Hellwig JW 1932 S.2674; Arndt GA 76 S.264 ff. (268); E.Schmidt ZStW 61 S.450 ff (459 ff); Löwe-Rosenberg StPO 19. Aufl. 2. Nachtr., Neues Strafverfahrensrecht 1940 S.224 ff.

4) Das Reichsgericht versuchte, die schädlichsten Folgen des Fortfalls des Verbots der Beweisantizipation dadurch aufzufangen, daß es die Anforderungen an die Aufklärungspflicht des Gerichts wesentlich erhöhte und eine weitgehende Nachprüfung der auf eine Verletzung dieser Pflicht gestützten Rügen zuließ. Vgl. hierzu Sarstedt S.164 ff. (166); Alsberg-Nüse, S.14 Anm. 18.

Das Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12. September 1950 ¹⁾ stellte mit der Aufnahme der von der Rechtsprechung entwickelten Ablehnungsgründe im wesentlichen den Rechtszustand von vor 1932 wieder her. Im Gegensatz zu früher erstreckte man das Verbot der Beweisantizipation nunmehr auch auf Übertretungen. Außerdem übernahm man zum ersten Male die vom Reichsgericht entwickelten Grundsätze zur Ablehnung eines Sachverständigenbeweisantrags ins Gesetz.

B. Die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme im geltenden Recht

§ 1. Überblick über die gesetzliche Regelung

Die StPO befaßt sich an verschiedenen Stellen mit der Einwirkungsmöglichkeit des Angeklagten auf die Sammlung des Beweismaterials. So macht es § 166 Abs.1 StPO dem Amtsrichter, der den Angeklagten im Vorverfahren vernimmt, unter bestimmten Voraussetzungen zur Pflicht, die vom Angeklagten angegebenen Entlastungsbeweise zu erheben.²⁾ Bei der Feststellung der Voraussetzungen verfügt jedoch der Amtsrichter über einen weiten Ermessensspielraum.³⁾ Da für die Ablehnung der beantragten Beweiserhebung eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben ist

1) BGBl.S.455.

2) Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der StPO und des GVG (StPÄG) vom 7.2.1962 (Drucksache IV/178) sieht im § 163 a Abs.2 vor, diese für den Amtsrichter geltende Regelung auf die Vernehmung durch die Polizei und den Staatsanwalt auszudehnen. Die prozessuale Antragsmöglichkeit soll demnach auch für das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen werden.

3) Vgl. Eb.Schmidt Anm.2 zu § 166. Mit der Fassung des § 163 a Abs.2 des Entwurfs sollte ebenfalls klargestellt werden, daß für die Entscheidung über die im Vorverfahren gestellten Beweisanträge § 244 Abs.3 StPO mit seinem Katalog von Ablehnungsgründen nicht -auch nicht entsprechend- gilt (vgl. Drucksache a.a.O. Anl. 3 S.52).

(166 StPO), fehlt es auch an einer Beschwerdemöglichkeit. Das ist deswegen unschädlich, weil das Ziel des Vorverfahrens nicht so weit gesteckt ist wie das der Hauptverhandlung. Die Beweisaufnahme im Vorverfahren soll lediglich die Entscheidung ermöglichen, ob Anklage zu erheben ist oder nicht. Das erfordert meist noch nicht eine restlose Ausschöpfung aller irgend erreichbaren Beweismöglichkeiten.¹⁾

Eine entsprechende Regelung gilt für die im Zwischenverfahren gestellten Beweis-
anträge (§ 201 Abs.1 StPO). Das Gericht muß zwar hier im Falle der Ablehnung eine
mit Gründen versehene Entscheidung erlassen (§§ 201 Abs.2 Satz 1, 33, 34 StPO.²⁾

Eine Beschwerdemöglichkeit gegen den Gerichtsbeschuß steht dem Antragsteller je-
doch nicht zu; denn nach § 201 Abs.2 Satz 3 StPO findet eine Anfechtung der Be-
schlüsse nur in den Grenzen der §§ 182 Abs.1, 183 statt.³⁾ Die Ablehnung oder
selbst das Übergehen der im Zwischenverfahren gestellten Beweis-
anträge stellt auch keinen Revisionsgrund dar; denn die Anträge können in der Hauptverhandlung
wiederholt werden. Das Urteil beruht somit nicht auf der unrechtmäßigen Beweis-
ablehnung im Zwischenverfahren, sondern auf der Untätigkeit der Partei.⁴⁾ Für den
Prozeßabschnitt der Vorbereitung der Hauptverhandlung schließlich gibt der § 219
StPO dem Angeklagten die Befugnis, beim Vorsitzenden die Ladung von Zeugen, Sach-
verständigen oder die Herbeischaffung sonstiger Beweismittel zur Hauptverhandlung
zu beantragen. Der Vorsitzende muß die Anträge bescheiden. Nach neuerer Lehre gel-

1) Vgl. Kern S.168

2) Eine Ablehnung, die stillschweigend durch die Eröffnung der Hauptver-
handlung erfolgt, ist unzulässig; vgl. RG 1 S.171; 44 S.380; E.Schmidt
Anm.21 zu § 201; Löwe-Rosenberg Anm.12 zu § 201.

3) also dann, wenn der vom Angeklagten erhobene Einwand der örtlichen Un-
zuständigkeit oder sein Antrag auf Eröffnung der Voruntersuchung abge-
lehnt worden ist.

4) Vgl. RG 44 S.380; Eb.Schmidt Anm.21 zu § 201; Löwe-Rosenberg Anm.12 zu § 201.

ten hierfür die Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3 StPO. ¹⁾ Gegen eine ungerechtfertigte Beweisablehnung in diesem Prozeßstadium gibt es jedoch ebenfalls weder die Beschwerde (§ 305 StPO) ²⁾, noch kann später hierauf die Revision gestützt werden; denn der Angeklagte hat im Falle der Ablehnung einerseits die Möglichkeit, den Antrag in der Hauptverhandlung zu wiederholen; andererseits kann er nach § 220 StPO die von ihm gewünschten Zeugen und Sachverständigen auf eigene Kosten zur Hauptverhandlung laden lassen mit der Folge des Beweiserhebungszwangs nach § 245 StPO. Macht der Angeklagte von den ihm eingeräumten Befugnissen keinen Gebrauch, so ist die Nichterhebung des gewünschten Beweises auf seine eigene Unterlassung und nicht auf einen Verfahrensverstoß des Gerichts zurückzuführen (§§ 337, 338 Ziff. 8). ³⁾

Allen Beweisansprüchen, die in einem der Hauptverhandlung vorgelagerten Prozeßstadium gestellt werden, ist mithin gemeinsam, daß es gegen ihre ungerechtfertigte Ablehnung kein Rechtsmittel gibt.

Erst in der Hauptverhandlung, in der es darum geht, daß das Gericht die Überzeugung von der Schuld des Angeklagten gewinnt, ist die Einwirkungsmöglichkeit des Angeklagten auf den Umfang der Beweisaufnahme rechtlich geschützt. Die Garantien, die der Gesetzgeber hierbei für nötig erachtete, sollen im weiteren untersucht werden. Sie sind im wesentlichen in den §§ 244, 245 StPO enthalten. Diese

1) Vgl. Eb.Schmidt Anm. 8 zu § 219; Löwe-Rosenberg Anm. 6 zu § 219.

2) Vgl. Löwe-Rosenberg Anm. 10 zu 219.

3) Vgl. Eb.Schmidt Anm. 21 zu § 201, Anm. 10 zu 219; Löwe-Rosenberg Anm. 10 zu 219; Weber JW 1929 S. 1074 Nr. 21; wenn allerdings der Vorsitzende einem rechtsunkundigen Angeklagten die Beschlußfassung in der Hauptverhandlung in Aussicht gestellt hat und der Angeklagte im Vertrauen auf diese Zusage die Wiederholung seines Antrages unterläßt, so kann ausnahmsweise auf die Nichtbescheidung des während der Vorbereitung der Hauptverhandlung gestellten Antrages die Revision gestützt werden;
vgl. Alsberg-Nüse S. 182 ff.;
Eb.Schmidt Anm. 11 zu § 219;
Löwe-Rosenberg Anm. 10 zu § 219.

Bestimmungen gelten für die Verhandlungen vor allen Gerichten, die Tatsacheninstanz sind. Eine einzige Ausnahme besteht für die Beweisangebote im Privatklageverfahren. Ihnen gegenüber ist das Gericht freier gestellt.¹⁾

Dem Aufbau des Gesetzes entsprechend soll an erster Stelle das Recht des Beweisanspruchs und an zweiter Stelle der Beweiszwang hinsichtlich der präsenten Beweismittel erörtert werden.

§ 2. Die Grundlagen des Beweisanspruchsrechts

I. Die formellen Voraussetzungen des Beweisanspruchs.

1. Begriff des Beweisanspruchs und Abgrenzung zu Erklärungen ähnlicher Art.

Der Begriff des Beweisanspruchs ergibt sich nach h.L. aus § 219 Abs.1 StPO. Danach ist der Beweisanspruch das an das Gericht gerichtete Verlangen eines Prozeßbeteiligten, über eine bestimmte Behauptung²⁾ durch bestimmte Beweismittel Beweis zu

1) Vgl. hierzu Alsberg-Nüse S.430 ff., S.517.

2) Ob das Beweisthema aus einzelnen Tatsachen bestehen muß oder ob es Werturteile zum Gegenstand haben kann, hängt im wesentlichen von der Natur des beantragten Beweismittels ab.

erheben.¹⁾ Das bezeichnete Beweisthema muß sich auf Fragen der Schuld oder der Unrechtsfolgen beziehen. Nur für sie gilt der sog. Strengbeweis²⁾ der §§ 244 Abs.3 bis 256 StPO. Wenn das Gericht einen diesen Anforderungen genügenden Beweisantrag ablehnen will, bedarf es eines Gerichtsbeschlusses (§ 244 Abs.6 StPO).³⁾

Von dem Beweisantrag unterscheidet sich der Beweisermittlungsantrag⁴⁾ durch die ungenügende Individualisierung entweder der Beweistatsache oder des Beweismittels. Mit einem solchen Antrag soll ein Beweis nicht geführt, sondern, wie schon der Name andeutet, nur ermittelt werden. Der Antragsteller will die nachforschende Tätigkeit des Gerichts in eine bestimmte Richtung lenken, weil er hofft, daß auf diesem Wege weiteres für ihn günstiges Beweismaterial zu beschaffen ist. Der Beweisermittlungsantrag ist demgemäß viel zu unbestimmt, als daß auf ihn die für den Beweisantrag entwickelten Ablehnungsgründe des § 244 Abs.3 Anwendung finden könnten.⁵⁾ Auch in formeller Hinsicht hat die Unterscheidung praktische Bedeutung. Ein Beweisermittlungsantrag bedarf nämlich zu seiner Ablehnung keines

1) Vgl. Eb. Schmidt Vorbem. zu §§ 244 - 256, Anm.24; Löwe-Rosenberg Anm.8 zu § 244; KMR Anm.5a (I) zu § 244; Alsberg-Nüse S.6, insbes.S.20 ff.; Stützel S.7 ff.; Simader S.7, 8; RG 49 S.360,361; 57 S.262; 64 S.432; BGH 1 S.31.

2) Vgl. Eb. Schmidt Vorbem. zu §§ 244 - 256, Anm.24; KMR Anm.2b, 2c (I) zu § 244; für die bloß prozessual erheblichen Tatsachen gilt der sog. Freibeweis; dies macht sich vor allem im Urkundenbeweis durch die Aufhebung des Unmittelbarkeitsprinzips bemerkbar; vgl. hierzu Alsberg-Nüse S.461 ff. Die Terminologie "Strengbeweis-Freibeweis" findet sich zum ersten Mal bei Ditzgen, Dreierlei Beweis im Strafverfahren, 1926.

3) nicht dagegen die Beweisanordnung; diese bietet auch keinerlei Problem, da der Antragsteller ja das erreicht hat, was er erreichen wollte. Sie kann daher vom Vorsitzenden auf Grund seiner Sachleitungsbefugnis angeordnet werden. Wenn die Gegenpartei sich der Beweisanordnung widersetzt, muß allerdings Gerichtsbeschuß nach § 238 Abs.2 StPO ergehen.

4) Vgl. hierzu Eb. Schmidt Vorbem. zu §§ 244-256, Anm. 23 und 25; Löwe-Rosenberg Anm. 13 zu § 244; Alsberg-Nüse S.44. ff.

5) Vgl. Löwe-Rosenberg Anm.13 zu § 244; BGH NJW 1951 S.368.

Gerichtsbeschlusses. ¹⁾ Er ist jedoch wenigstens vom Vorsitzenden motiviert zu verbescheiden. ²⁾ Vom Beweisantrag zu unterscheiden ist schließlich noch das Beweiserbieten. Es fehlt hier an dem ausdrücklichen Verlangen, das Gericht möge über die angebotene Beweiserhebung förmlich entscheiden. Die Entscheidung über die Beweisanregung wird vielmehr von vornherein dem Ermessen des Gerichts anheimgestellt. ³⁾

2. Die Berechtigung zur Stellung von Beweisanträgen

Alle Prozeßsubjekte haben ein Antragsrecht, so

1. der Staatsanwalt, der Beweisanträge sowohl zur Belastung als auch zur Entlastung stellen kann (§ 160 Abs.2 StPO). Die Nichtberücksichtigung eines zugunsten des Angeklagten gestellten Beweisantrags kann auch von diesem gerügt werden; ⁴⁾
2. der Privat- und Nebenkläger;
3. der Angeklagte, der entweder selbst oder durch seinen Verteidiger Beweisanträge stellen kann. Sein Verteidiger hat daneben noch ein selbständiges, vom Willen des Angeklagten unabhängiges Antragsrecht; dies folgt aus seiner Stellung als Rechtspflegeorgan; ⁵⁾
4. im Verfahren gegen Jugendliche verfügen der gesetzliche Vertreter und der Erziehungsberechtigte über ein selbständiges Antragsrecht (§§ 67,109 Abs.1 JGG). ⁶⁾

1) Vgl. Eb.Schmidt a.a.O. Anm.23; Löwe-Rosenberg Anm.13 zu § 244; Erbs Anm. XI A zu § 244.

2) Vgl. Alsberg-Nüse S.60; Löwe-Rosenberg Anm.13 zu § 244; Erbs Anm. XI A zu § 244.

3) Vgl. im einzelnen Alsberg-Nüse S.17 ff.; Eb.Schmidt Vorbem. zu §§ 244 - 256, Anm. 27.

4) Vgl. Alsberg-Nüse S.173.

5) Vgl. Alsberg-Nüse S.175; KMR Anm.6 zu § 244.

6) Zur gemeinsamen Stellung eines Beweisantrags durch verschiedene Prozeßsubjekte, z.B. bei einer Mehrheit von Angeklagten, vgl. Alsberg-Nüse S.176 ff.

3. Form und Zeitpunkt der Stellung von Beweisanträgen

Aus dem Prinzip der Mündlichkeit in dem Sinne, daß das Gericht nur das mündliche Parteivorbringen zu berücksichtigen hat, wird gefolgert, daß die Beweisanträge regelmäßig in der Hauptverhandlung mündlich zu stellen sind.¹⁾ Sie können auch durch Überreichung eines Schriftstücks an das Gericht gestellt werden, wenn der Antragsteller auf den darin enthaltenen Beweisantrag hinweist und zum Ausdruck bringt, daß er die förmliche Entscheidung des Gerichts hierüber verlangt. Das Schriftstück kann als Protokollanlage verwendet werden und erübrigt so die sonst nach § 273 Abs. 1 erforderliche Protokollierung des Wortlauts des Beweisantrags.

Beweisanträge können über den Schluß der Beweisaufnahme hinaus bis zur Urteilsverkündung - also noch nach der Beratung - gestellt werden. Nach Beginn der Urteilsverkündung ist die Ausübung dieses Rechts nicht mehr möglich. Das Gericht ist jedoch befugt, den Prozeßbeteiligten zu weiteren Beweisanträgen das Wort zu erteilen.²⁾

II. Der Beweisantrag im Verhältnis zur Wahrheitserforschungspflicht des Gerichts.

Im Schrifttum findet man - insbesondere unter Führung von Alsberg - die weitverbreitete Ansicht, die Prozeßbeteiligten könnten durch Stellung von Beweisanträgen das Gericht nötigen, über das von ihm nach seinem pflichtgemäßen Ermessen für ausreichend gehaltene Maß an Beweisen noch hinauszugehen.³⁾ So heißt es bei Alsberg:⁴⁾ "... Ein Beweisantrag kann ihm (dem Richter) dagegen die Erhebung

1) Vgl. KMR Anm. 5b zu § 244.

2) Vgl. Eb.Schmidt Vorbem. a.a.O. Anm.16; Alsberg-Nüse S.187.

3) Vgl. Alsberg-Nüse S.16; Eb.Schmidt Vorbem.22 zu § 244; Kohlrausch Vorbem.8 zu § 244; Stützel S.2,3,5 u.9; Simader S.24 ff.; Goldschmidt S.433; Mannheim in Anm. zu RGJW 1929 S.1076 Nr.24.

4) Alsberg-Nüse S.16.

von Beweisen aufnötigen, die er selbst, auch unter voller Berücksichtigung des Prinzips der materiellen Wahrheit, für durchaus entbehrlich erachtet." Aus dieser These wäre zu folgern, daß entweder die Wahrheitserforschungspflicht des Gerichts nicht ernst zu nehmen sei oder daß mit dem Beweisantrag Beweiserhebungen gefordert werden könnten, von denen von vornherein feststeht, daß sie zur Wahrheitsfindung nichts beizutragen vermöchten.¹⁾ Nur in dem einen oder anderen Falle könnte gesagt werden, daß sich die Beweiserhebungspflicht von Amts wegen und die auf Antrag nicht decken. Es fehlt jedoch sowohl an der einen wie an der anderen Voraussetzung dieser These.

Die vom Reichsgericht in jahrzehntelanger Rechtsprechung entwickelten Ablehnungsgründe sind am Ziel des Strafverfahrens, nämlich einer gerechten Urteilsfindung, ausgerichtet. Die gerechte Urteilsfindung wird vor allem gewährleistet durch justizförmige Wahrheitserforschung bei gleichzeitiger Konzentration.²⁾ Aus diesen drei Prozeßrechtsprinzipien - Wahrheitserforschung, Justizförmigkeit und Konzentration - hat das Reichsgericht die Ablehnungsgründe abgeleitet. Die nunmehr im Gesetz (§ 244 Abs. 3-4 StPO) aufgeführten Ablehnungsgründe stellen nur die Summe der Erfahrungen dar, "die jeder Richter macht, wenn er sich gewissenhaft bemüht, der ihm auferlegten Wahrheitsermittlungspflicht gerecht zu werden."³⁾ Die Beweiserhebungspflicht von Amts wegen und die auf Antrag sind daher inhaltsgleich. Es ist kein Fall denkbar, in dem der Richter einer Beweiserhebung auf Antrag stattgeben müßte, sich ihr aber auch bei gewissenhafter Prüfung seiner Amtspflicht verschließen könnte. Das wird um so deutlicher, wenn man die Ablehnungsgründe des § 244 StPO in ihrer Umkehrung

1) letzters kann nur für den Rahmen des § 245 StPO zugegeben werden. Über diese Vorschrift siehe weiter unten S. 62 ff.

2) Die Gebote der Gründlichkeit und der Schnelligkeit stehen in einem gewissen Spannungsverhältnis zueinander, das es auszubalancieren gilt; vgl. Sauer, Grundlagen S. 604 ff.

3) Henkel, Grundriss S. 165.

betrachtet. Ist eine Beweistatsache für die Entscheidung der Schuld- und Strafrage erheblich und auch beweisbedürftig, da sie weder bereits erwiesen noch offenkundig ist, auch nicht als wahr unterstellt werden kann, - und steht zu ihrem Nachweis ein taugliches und erreichbares Beweismittel zur Verfügung -, dann ist die Beweiserhebung zur Erforschung der materiellen Wahrheit geboten, es sei denn, der Beweisaufnahme stünde ein Beweisverbot entgegen. Kein Richter könnte sich von Amts wegen von einer solchen Beweiserhebung dispensieren. Dasselbe gilt für die im Absatz 4 des § 244 enthaltenen Grundsätze für die Ablehnung eines Sachverständigenbeweises. Hier sind als Summe fünfzigjähriger reichsgerichtlicher Erfahrung die Fälle erschöpfend aufgezählt, in denen der Richter von einem Sachverständigenbeweis absehen kann, ohne die Erforschung der materiellen Wahrheit zu gefährden.

Der Richter muß umso mehr die in § 244 Abs. 3 und 4 StPO genannten Grundsätze auch von Amts wegen beachten, als an die Aufklärungspflicht strenge Anforderungen gestellt werden. So muß das Gericht nach der Definition Eb. Schmidts¹⁾ zwecks Gewinnung einer vollen Überzeugung alle verfügbaren prozeßrechtlich zugelassenen Beweismittel ausnützen, um bestehende Zweifel zu beseitigen oder um zu noch besseren und sichereren Ergebnissen zu gelangen, auch wenn das früher Ermittelte auszureichen scheint.²⁾ Und noch deutlicher und strenger ist die Aufklärungspflicht des Richters im Kommentar von Löwe-Rosenberg³⁾ gefaßt: "Der Richter muß die Beweismittel erschöpfen; er muß, wenn auch nur eine entfernte Möglichkeit einer Änderung der durch die vollzogene Beweisaufnahme begründeten Darstellung vom zu beurteilenden Lebensvorgang gegeben ist, ein noch zur Verfügung stehendes Beweismittel gebrauchen, sofern

1) Anm. 7 zu § 244.

2) Diese Definition von Eberhard Schmidt ist umso bemerkenswerter, als er im übrigen der Ansicht Alsbergs folgt, das Gericht könne durch Parteiantrag gezwungen werden, über dieses Maß weitestgehender Aufklärung noch hinauszugehen.

3) Band 1 S. 53.

nicht dessen Unbrauchbarkeit aus bestimmten, dem Beweisvorbringen oder dem Beweismittel eigentümlichen Gründen feststeht; er darf also niemals und unter keinen Umständen von einer weiteren Aufklärung des Sachverhalts durch die Erhebung noch weiterer Beweise absehen."¹⁾ Weil aber außerhalb der im § 244 aufgezählten Ablehnungsgründe ²⁾ immer eine Aufklärungsmöglichkeit besteht, eben darum decken sich die Beweiserhebungspflicht von Amts wegen und die auf Antrag.³⁾ Es kommt auch für den Bereich der Aufklärungspflicht nicht darauf an, ob der Richter einen Beweis "innerlich ablehnt", ⁴⁾ sondern einzig und allein darauf, ob objektiv die Möglichkeit einer weiteren Sachaufklärung nicht auszuschließen ist. Nicht nur bei der Urteilsfällung, sondern auch hinsichtlich der Ausdehnung der Beweisaufnahme hat sich das Gericht von rationalen - und nicht von gefühlsmäßigen - Erwägungen leiten zu lassen. Betreibt es in diesem Sinne die Wahrheitsforschung von Amts wegen pflichtgemäß, so werden seine Entscheidungen mit den Grundsätzen des § 244 Abs.3 und 4 StPO in Einklang stehen. Ist eine Beweiserhebung tatsächlich nicht geboten, so wird das Absehen von einer Beweiserhebung immer

-
- 1) Ähnlich Bennecke-Beling S.528: Gemäß dem Instruktionsprinzip könne nur dann von einer Beweiserhebung abgesehen werden, "wenn jede Möglichkeit dafür fehlt, daß die beantragte Beweisaufnahme das Gesamtbeweisergebnis irgendwie beeinflussen könne."
 - 2) Anders liegt der Fall bei § 245 StPO, der erst später behandelt werden soll.
 - 3) Dafür, daß die Amtspflicht des Richters genauso weit reicht wie die Beweiserhebungspflicht auf Antrag: Bennecke-Beling S.528; Beling JW 1929 S.2782; H.Mayer GS 104 S.302 ff., 330; Erbs Anm.V zu § 244; Schenk, S. 18, 19; ebenso anscheinend auch Niethammer nach der Grundstimmung seines Aufsatzes, Der Kampf um die Wahrheit im Strafverfahren, in Festschrift für W.Sauer S.26 ff; gegen Beling: Alsberg-Nüse S.17 u.FuBnote 16 auf S.86; Alsberg in Anm.zu RGJW 1932 S.58 Nr.18.
 - 4) so allerdings Alsberg-Nüse S.79; denn er stellt die Beweiserhebung von Amts wegen in das freie Ermessen des Gerichts (ebenda); vgl. auch Simader S.25.

zugleich durch einen der im Gesetz aufgeführten Ablehnungsgründe gedeckt sein. Würde das Gericht sich darüber hinaus Beweiserhebungen verschließen, so würde es nicht mehr pflichtgemäß handeln. Wenn Alsberg ¹⁾ demgegenüber ausführt, von sich aus brauche kein Richter, wenn er die Aussage eines oder gar mehrerer daselbe bekundenden Zeugen für glaubwürdig hält, weitere ihm vielleicht aus den Akten bekannte Zeugen zu demselben Thema zu laden, und ebenso brauche er nicht zu einer unmittelbaren Beweisführung zu greifen, wenn der vorliegende mittelbare Beweis ihm durchaus überzeugend erscheine, ²⁾ so ist dem entgegenzuhalten, daß der Richter in diesen beiden Fällen auch einen entsprechenden Beweisantrag wegen Erwiesenseins hätte ablehnen können. Hält der Richter die unter Beweis gestellte Tatsache bereits für erwiesen, so kann es auch dem Antragsteller gleichgültig sein, ob der Richter seine Überzeugung aus einem mittelbaren oder aus einem unmittelbaren Beweis gewonnen hat. Und wenn Alsberg weiterhin den schärfsten Unterschied einer Beweisaufnahme von Amts wegen und derjenigen auf Antrag darin erblickt, daß der Richter auf Grund seiner bloßen Amtspflicht das Verbot der Beweisantizipation ³⁾ nicht, - jedenfalls nicht im gleichen Umfang wie bei der Beweiserhebung auf Antrag - zu beachten brauche, ⁴⁾ so widerspricht dem, daß dieses Verbot aus dem Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung abgeleitet ist. ⁵⁾ Das Reichsgericht wollte den Parteien mit dem Verbot nicht dazu verhelfen, vom Gericht die Erhebung aussichtsloser Beweise verlangen zu können. Es entspricht vielmehr einer Lebenserfahrung, daß eine Vorwegnahme

1) Vgl. Alsberg-Nüse S.16, 17.

2) er fährt fort: "Wird aber von einer der Parteien ein Beweisantrag gestellt, so fällt insoweit die souveräne Beurteilung der Beweislage durch den Richter fort." (S.17).

3) Darüber vgl. S.36.

4) Vgl. Alsberg-Nüse S.17: "... daß es ihm in diesem Falle (Beweiserhebung auf Antrag) besonders verwehrt ist, die Aussichtslosigkeit des neu beantragten Beweises im Hinblick auf das bisherige Beweisergebnis der Beweisaufnahme vorweg zu beurteilen." Vgl. auch S.86 oben.

5) Vgl. Löwe-Rosenberg Anm.15 u.24b zu § 244; Mannheim ZStW 48 S.686.

der Beweiswürdigung immer fehlerhaft ist, weil sie vielfältige Irrtumsmöglichkeiten in sich schließt. Deshalb muß der Richter sich auch von Amts wegen einer Beweisantizipation enthalten. Es kann nicht zugegeben werden, daß für die Beweisaufnahme von Amts wegen ein "schwaches" und erst dann, wenn ein rechtskundiger Angeklagter oder sein Anwalt mit Anträgen interveniert, ein "starkes" Beweisrecht wirksam ist. Das Prinzip der materiellen Wahrheit und damit auch die aus diesem Prinzip entwickelten allgemeinen Richtlinien gelten für das gesamte Beweisverfahren, gleichviel, ob Beweisangebote gestellt werden oder nicht. Die im § 244 Abs. 3 und 4 StPO enthaltenen Grundsätze sind daher als nähere Umschreibung, als Ausformung der im Abs.2 des § 244 allgemein bestimmten Aufklärungspflicht des Gerichts anzusehen.¹⁾

Die Frage liegt nun nahe, welche Bedeutung das Beweisantragsrecht dann überhaupt noch haben kann, wenn die Partei mit ihm nur das verlangt, was nach dem Grundsatz der materiellen Wahrheitserforschung hypothetisch ohnehin die Amtspflicht des Gerichts ist.

Abgesehen davon, daß ein Beweisantrag dem Gericht die Kenntnis von ihm bis dahin noch unbekannten Beweismitteln zu verschaffen vermag, besteht die wichtigste Funktion des Beweisantrags darin, die unkontrollierbaren, nur im Gewissen des Richters sich abspielenden Erwägungen einer Kontrolle zugänglich zu machen. Das wird durch den für die Ablehnung eines Beweisantrags geltenden Begründungszwang erreicht. Erst hierdurch wird das Gericht gezwungen, offen Stellung zu beziehen zu der ihm vorgelegten Frage. Seine Erwägungen werden im Protokoll festgehalten und so der Nachprüfung durch das höhere Gericht erschlossen. Solange die Erwägungen

1) Dies wird auch deutlich durch die Urteilsbegründungen des RG, die sich im Falle der Revision wegen ungerechtfertigter Beweisablehnung gewöhnlich an der durch das Prinzip der materiellen Wahrheit geprägten Aufklärungspflicht des Gerichts orientierten, so schon RG 1 S.189; 1 S.51; 5 S.312; 7 S.76 ff.; vgl. auch Erbs Anm.V zu § 244; Exner S.49, 50.

des Richters nicht in die Außenwelt treten, fehlt es für die Nachprüfung des höheren Gerichts an einem Ansatzpunkt. Eine revisionsrechtliche Rüge wegen Verletzung der Aufklärungspflicht kann daher nur die schwersten Verstöße erfassen.¹⁾

Die Möglichkeit, eine erweiterte Nachprüfbarkeit durch das übergeordnete Gericht hervorzurufen, gibt dem Beweisantrag sein Gewicht. Die Gerichte, die mit der Wahrheitserforschungspflicht auf sich gestellt sind, könnten leicht geneigt sein, über Beweise, die ihnen lästig sind, weil sie das Verfahren unter Umständen hinauszögern, hinwegzugehen. Es könnten sich leicht Nachlässigkeiten einschleichen. Mit dem Beweisantrag ist dem Angeklagten ein Mittel an die Hand gegeben, den Richter zu gewissenhaftester Ausübung der Wahrheitserforschungspflicht anzuhalten, ihn zu zwingen, schon im Laufe des Beweisverfahrens zu bestimmten Teilen der Beweisaufnahme Stellung zu beziehen und darüber mit eingehender, gewissenhafter Begründung Rechenschaft abzulegen. Das mag für den Richter oftmals unangenehm sein, von ihm als Last empfunden werden, vor allem dann, wenn der Angeklagte oder sein Verteidiger mit Beweisanträgen geschickt zu operieren versteht. Einer gerechten Strafrechtspflege ist dies nur dienlich; denn allein die Verpflichtung, eingehend zu begründen, bietet - wie es der OGH

1) Daraus erklärt sich auch, warum die im § 244 enthaltenen Grundsätze vom RG anhand der unzulässigen Ablehnung von Beweisanträgen entwickelt worden sind und die Aufklärungsrüge demgegenüber immer nur eine geringe Rolle gespielt hat; nicht etwa deswegen, weil der Richter von Amts wegen die Gebote der materiellen Wahrheit weniger streng zu beachten hätte, sondern weil es eben an dem Ansatzpunkt zu einer Kontrolle fehlte. Als man in der Zeit der nationalsozialistischen Gesetzgebung den Beweisantrag zurückdrängte, nahm das RG denn auch in erhöhtem Maße zur Aufklärungsrüge Zuflucht, um gewissenhafte Wahrheitserforschung durchzusetzen. Vgl. Zitate bei Sarstedt, S.166, 167.

vom 18.7.1949 ¹⁾ treffend ausgedrückt hat - "die Gewähr dafür, daß die Gerichte sowohl sich selbst als auch den Prozeßparteien die für jede Entscheidung unerläßliche Klarheit über die Grundlage der Urteilsfindung verschaffen." Die Aussicht, daß sein Urteil wegen fehlerhafter Bescheidung des Beweisantrags aufgehoben werden kann, wird dem Richter darüber hinaus Antrieb sein, das Beweisverfahren, das Kernstück des Prozesses, so gewissenhaft wie möglich zu gestalten.

Der Beweisantrag hat demnach folgende Funktionen:

1. dem Richter bis dahin noch unbekanntes Beweismaterial mitzuteilen,
2. die Stellungnahme des Gerichts zu bestimmten Fragen zu erzwingen,
was den Angeklagten gleichzeitig instandsetzt, seine Verteidigung wirksamer zu gestalten,
3. die Nachprüfung durch die übergeordnete Instanz zu ermöglichen bzw. zu erweitern.

Inhaltlich zieht der Beweisantrag keine erweiterte Beweiserhebungspflicht des Gerichts nach sich. Daß die Ablehnungsgründe an den drei Prozeßprinzipien: Wahrheitsforschung, Justizförmigkeit und Konzentration - Prinzipien, die auch für die Wahrheitserforschung von Amts wegen gelten -, ausgerichtet sind, wird die nachfolgende Darstellung der Ablehnungsgründe noch einmal deutlich vor Augen führen.

1) NJW 1949, S.796, Nr.18.

§ 3. Die Ablehnung des nach § 244 StPO gestellten Beweisantrags

I. Das Verbot der Beweisantizipation ¹⁾

Die Grundlage des Systems der Ablehnungsgründe ist das Verbot der Beweisantizipation. Danach darf das Gericht das Gelingen des beantragten Beweises mit Rücksicht auf das bisherige Beweisergebnis nicht von vornherein ausschließen. Es darf nicht die Ansicht vertreten, durch die bereits aufgenommenen Beweise sei bereits das Gegenteil der unter Beweis gestellten Tatsache erwiesen. Die Tatsachen, die erst selbst des Beweises bedurften, müssen grundsätzlich durch Gegenbeweis entkräftet werden können. Die Wertlosigkeit eines neu angebotenen Beweismittels oder die sonstige Unmöglichkeit des Beweisgelingens darf daher nur unter Abstrahierung von den Ergebnissen der bisherigen Beweisaufnahme gefolgert werden, und auch hier nur in engen Grenzen.²⁾ Denn gewöhnlich kann der Wert eines Beweismittels erst nach seiner Erhebung sicher beurteilt werden. Die Vorwegnahme des Ergebnisses eines noch unbenutzten Beweises zuungunsten des Antragstellers ist deshalb grundsätzlich unzulässig.

Das Verbot der Beweisantizipation beruht auf einer allgemeinen Lebenserfahrung: Hat der Richter durch die Vernehmung von Zeugen und die Aufnahme sonstiger Beweise von dem tatsächlichen Ablauf des Geschehens eine bestimmte Vorstellung gewonnen, so kann doch ein neu aufkommendes Beweismittel das für zuverlässig erachtete Bild wider Erwarten ändern, Fehler oder Lücken aufdecken.³⁾ Dies

1) Vgl. hierzu Niethammer in Festschrift für Sauer S.26 ff.; Löwe-Rosenberg, Einleitung § 12; Alsberg-Nüse S.77 ff.; Eb.Schmidt Anm.50 zu § 244, Anm.18 zu § 261.

2) Vgl. hierzu unter "Ungeeignetheit des Beweismittels", S.45 ff.

3) Vgl. Niethammer in Festschrift für Sauer S.33; Henkel, Lb.S.395; Bennecke-Beling S.529.

gilt insbesondere für den mit menschlichen Unzulänglichkeiten behafteten Zeugenbeweis. Das Verbot der Beweisantizipation ist jedoch auch für die übrigen Beweisarten von Bedeutung, wenngleich sich hier zuweilen aus der Eigenart des Beweismittels gewisse Einschränkungen ergeben,¹⁾ die aber, eben weil sie durch die Eigenart des Beweismittels gerechtfertigt sind, die Wahrheitserforschung nicht gefährden.

Das Verbot der Beweisantizipation verhindert die ungerechtfertigte Abschneidung des Gegenbeweises und trägt so dazu bei, eine möglichst breite, sichere Urteilsgrundlage zu schaffen.

II. Die einzelnen Ablehnungsgründe

1. Die Unzulässigkeit der Beweiserhebung²⁾

Ist der Antrag auf eine unzulässige Beweiserhebung gerichtet, sei es, daß das Be-
weisthema (Beweistatsachenverbot), sei es, daß das Beweismittel (Beweismittelver-
bot) unzulässig ist, so darf der Richter den Antrag nicht nur, sondern er muß ihn
ablehnen. Die Beweisverbote gewährleisten die Justizförmigkeit des Beweisverfahrens.
Unter den Ablehnungsgrund der Unzulässigkeit ist auch die Absicht der Prozeßver-
schleppung zu zählen;³⁾ denn einem solchen Antrag fehlt das Rechtsschutzbedürfnis.
Außerdem widerstreitet er dem Prozeßprinzip der Konzentration.

a) Die Beweistatsachenverbote:

Die Aufklärung der Tatsache an sich kann untersagt sein, unabhängig davon, welches
Beweismittel hierfür eingesetzt werden soll. Die Beweistatsachenverbote wirken

-
- 1) So für den Sachverständigenbeweis, vgl. weiter unten S. 55 ff., und für den Augen-
scheinbeweis, S. 60 ff.
2) Vgl. grundlegend Beßing, Die Beweisverbote.
3) Vgl. Eb. Schmidt Anm. 37 zu § 244; Löwe-Rosenberg Anm. 21b zu § 244; von vielen
Schriftstellern wird sie jedoch als selbständiger Ablehnungsgrund angesehen
entsprechend der Stellung im Gesetz, so Henkel Lb S. 394; Stützel S. 84 i. V. m. S. 98;
Peters S. 246 i. V. m. S. 244; KMR Anm. 16 i. V. m. 10 zu § 244.

daher absolut. Ein absolutes Beweisverbot besteht z.B.:

1. für die Tatsachen, die mit bindender Wirkung für den Strafrichter rechtskräftig festgestellt worden sind: sie können nicht zum Gegenstand erneuter Beweisaufnahme gemacht werden; ¹⁾
2. für die Vorgänge der richterlichen Beratung und Abstimmung; ²⁾
3. nach § 190 StGB für die den Gegenstand der üblen Nachrede bildenden Tatsachen, wenn über sie ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist; die Bestimmung wirkt als Beweisverbot, weil sie in einem Fall den Gegenbeweis gegen das verurteilende Erkenntnis, im anderen Fall den Wahrheitsbeweis ausschließt. ³⁾ Ein im Aufbau ähnliches Beweisverbot begründet ferner § 468 RABG; ⁴⁾
4. für die durch verbotene, weil rechtsstaatlichen Grundsätzen widersprechende Vernehmungsmethoden erlangten Aussagen von Angeklagten und Zeugen (§§ 136 a, 69 Abs. 3 StPO); ⁵⁾ die Aussagen sind schlechthin unverwertbar; sie dürfen auch nicht mit Hilfe der Vernehmung von Verhörspersonen oder durch Vorhalt in die Hauptverhandlung eingeführt werden; ⁶⁾

1) Vgl. Dohna, StPR, S.161, Anm.3.

2) Dieses Verbot wird aus dem Gesamtzusammenhang der Bestimmungen, insbes. aus den §§ 193, 198 GVG, Art.97 GG gefolgert; vgl. Alsberg-Nüse S.93.

3) so Glaser, Beiträge S.40; Löwe-Rosenberg Anm.21a zu § 244; Eb.Schmidt Anm.35 zu § 244; Peters S.244; Alsberg-Nüse S.105; Simader S.105; Kern S.55 erblickt demgegenüber in § 190 StGB nur eine Beweisregel.

4) Vgl. Eb.Schmidt Anm.35 zu § 244 u.im einzelnen Alsberg-Nüse S.105, 106.

5) Verboten sind insbesondere die Narkoanalyse, der Lügendetektor, heimliche Tonbandaufnahmen.

6) Vgl. Eb.Schmidt Anm. 36 zu § 244; Alsberg-Nüse S.104, 105; über die grundsätzliche Bedeutung: Peters S. 257, 258, 280.

5. für die Angaben, die ein zeugnisverweigerungsberechtigter Zeuge bei einer vor der Hauptverhandlung erfolgten Vernehmung gemacht hat, wenn er sich später auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft (§ 252 StPO),¹⁾ gleichgültig, welcher Art das in concreto ausgeübte Zeugnisverweigerungsrecht ist.²⁾ Der Inhalt der Aussage darf nun nicht mehr verwertet, er darf insbesondere auch nicht über den Umweg einer Vernehmung des Verhørsbeamten in den Prozeß eingeführt werden. In Ausnahme dieses Grundsatzes läßt jedoch die Rechtsprechung die Vernehmung eines richterlichen Verhørsbeamten, der den Zeugen zuvor vorschriftsmäßig über sein Weigerungsrecht unterrichtet hat, zu.³⁾ Die Gründe, die die herrschende Lehre hierfür anführt, sind mehr oder weniger formaler Natur, zumal da sie für die Vernehmung durch die Staatsanwaltschaft und die Polizei trotz vorhergehender Belehrung keine entsprechende Ausnahme gestattet. Da jedoch der § 252 den Ersatz der unmittelbaren Zeugenaussage durch das nächstliegende Beweismittel, die Niederschrift der Aussage, verbietet, "so sollte es sich für den", wie

-
- 1) Vgl. hierzu im einzelnen Sprang, Die Zulassung des Beweises durch Zeugen vom Hörensagen, insbesondere im Rahmen des § 252 StPO, Göttinger Diss. 1960.
 - 2) so das überwiegende Schrifttum: Eb. Schmidt Anm. 3 zu § 252, Anm. 9 zu § 55 i.V.m. 19 ff. zu § 52; I Nr. 371; KMR § 55 Anm. 4a, Anm. 1b zu § 55, Anm. 3b u. 8c zu § 251, 3d zu § 252; Alsberg-Nüse S. 99 ff.; Busch JZ 1953 S. 703, 704; Niese JZ 1953 S. 223; anders jedoch die ständige Rechtsprechung, die den § 55 in § 252 ausklammert: BGH MDR 1951 S. 180; BGH 6 S. 209 (211); OLG Celle NJW 1957 S. 194 Nr. 25; Bayr. OLG JZ 1953 S. 702; so jetzt auch Schwarz-Kleinknecht, Anm. 1 zu § 55.
 3. RG 70 S. 6, RG JW 1938 S. 2270 Nr. 3; BGH 2 S. 99 (106); BGH 13 S. 394; zust. der überwiegende Teil des Schrifttums: Löwe-Rosenberg Anm. 5 u. 6 zu § 253; KMR Anm. 2b u. 3a zu § 252; Erbs Anm. IV zu § 252; Peters S. 251; Alsberg-Nüse, 100 ff.; Kohlhaas JR 1955 S. 44, 45; Sarstedt S. 158; a.A. demgegenüber: Alsberg in der 1. Aufl. S. 76; Eb. Schmidt Anm. 6 zu § 252; Bd. 1 Nr. 371; ZStW 65 S. 167; JZ 1957 S. 99; Niese JZ 1953 S. 223; Kern S. 174; Sprang S. 73 ff.

Eb.Schmidt mit Recht gegen die h.L.anführt,¹⁾ "der rechtsstaatlich denkt, von selbst verstehen, daß dann dem Gesetz nicht gelegen sein kann an dem Nachweis eines Indizes, aus dem nur und ausschließlich auf das Vorhandensein des verbotenen (und damit für die gerichtliche Überzeugungsbildung unbeachtlichen) Beweismittels geschlossen werden könnte." Aus dem gleichen Gedanken heraus lehnt Eb.Schmidt²⁾ auch die Vernehmung sonstiger Dritter als Zeugen vom Hörensagen über außergerichtliche Äußerungen des Zeugen ab. Die h.L. und Rechtsprechung folgern demgegenüber aus den Worten "eines ... vernommenen Zeugen" des § 252, daß eine Vernehmung über außergerichtliche Äußerungen uneingeschränkt möglich ist, mag es sich hierbei um private Dritte oder auch um Strafverfolgungsbeamte handeln.³⁾

b) Die Beweismittelverbote

Sie verbieten im Einzelfall nur die Verwendung eines bestimmten Beweismittels, schließen jedoch die Benutzung anderer Beweismittel zum Nachweis der gleichen Tatsache nicht aus. Die Beweismittelverbote wirken daher nur relativ. So darf z.B. ein Zeuge, der von seinem Weigerungsrecht (§§ 52, 53, 53a, 55 StPO) Gebrauch gemacht hat, nicht vernommen oder eine Urkunde, die dem Verbot des § 97 zuwider beschlagnahmt worden ist, nicht verlesen werden.⁴⁾

1) Bd. 1 Nr. 371.

2) ebenda u.Anm.8 zu § 252.

3) BGH NJW 1951 S.283 Nr.21; BGH 1 S.373; BGH 14.S.22; Löwe-Rosenberg Anm.8 zu § 252; KMR Anm.2a zu § 252; Erbs Anm.III zu § 252; Kohlrausch Anm.3 zu § 252; Alsberg-Nüse S.103; Simader S.113; Kern S.174; Gerland S.204 Anm.114; Peters S. 251; wie Eb.Schmidt OLG Bamberg SJZ 1948 S. 471.

4) Eine solche Urkunde darf zum Beweis überhaupt nicht, also auch nicht zur Schriftenvergleichen benutzt werden, vgl.hierzu RG 20 S.91; Löwe-Rosenberg Anm.10 zu § 97; Alsberg-Nüse S.106; Simader S. 114.

Die zahlreichen Beweisverbote im Urkundenbeweis dienen vorwiegend der Wahrung des Prinzips der Unmittelbarkeit, so vor allem das Verbot der Urkundenverlesung als Ersatz für eine durchführbare Vernehmung einer Beweisperson (§§ 250 Satz 2, 251, 256 Abs. 1 hinsichtlich der Verlesung von Leumundszeugnissen).¹⁾ Zum Beweis der Beachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten in der Hauptverhandlung kann bis zum Fälschungsnachweis nur das Sitzungsprotokoll benutzt werden, alle anderen Beweismittel sind hierfür ausgeschlossen (§ 274 StPO).

Im Gegensatz zum Sachverständigen soll der Zeuge dem Gericht Tatsachen übermitteln und keine Werturteile. Es ist deshalb fraglich, ob Charaktereigenschaften einer Person wie Lügenhaftigkeit, Unzuverlässigkeit, Ehrlichkeit, Glaubwürdigkeit ein zulässiges Beweisthema darstellen, oder ob nicht vielmehr der Zeugenbeweis für diese Fälle auszuschließen ist. Daß die Vernehmung von Leumundszeugen grundsätzlich zulässig ist, kann schon aus § 256 StPO gefolgert werden. Das Reichsgericht hat denn auch den Zeugenbeweis über Charaktereigenschaften weitgehend zugelassen.²⁾ Der Antragsteller wird jedoch in der Regel die äußeren Umstände angeben müssen, auf die sich das Werturteil des Zeugen über die Charaktereigenschaften eines Dritten gründet;³⁾ nur so wird eine wirksame Nachprüfung durch das Gericht ermöglicht. Enthält der Beweisantrag derartige Angaben nicht, so unterliegt er deswegen noch nicht der Ablehnung. Das Gericht muß in diesem Falle versuchen, den Zeugen über die Beobachtungen, die die Grundlage seines Werturteils gebildet haben, zu befragen.^{4) 5)}

1) Vgl. die ausführliche Behandlung der Verlesungsverbote bei Alsberg-Nüse S. 298 ff.

2) Vgl. im einzelnen Alsberg-Nüse S. 226 ff. u. die dort angegebene Rechtsprechung.

3) Vgl. Schlosky JW 1930 S. 2510; Simader S. 159 ff.

4) Weitergehend Alsberg-Nüse S. 227, 228: Der Eindruck, den sich der Zeuge von einem Menschen gebildet habe, sei auch dann von Bedeutung, wenn er äußere Tatsachen zur Erhärtung nicht anführen könne. Abgesehen vom eigenen Urteil könne auch die Wiedergabe der Bewertung einer Person in bestimmten Kreisen Gegenstand des Zeugenbeweises sein.

5) Die ital. Gesetzgebung verbietet demgegenüber jedweden Beweis über Charaktereigenschaften einer Person und läßt ihn nur hinsichtlich des Angeklagten in engen Grenzen zu. Nicht nur der Zeugenbeweis, sondern jedwedes andere Beweismittel ist untersagt. Es handelt sich hier um ein Beweistatsachenverbot, mithin um ein absolutes Beweisverbot; vgl. im einzelnen hierzu S. 162 ff.

c. Die Absicht der Prozeßverschleppung

Das Reichsgericht stellte an die Begründung der Prozeßverschleppungsabsicht sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht besonders strenge Anforderungen; es suchte hierdurch zu vermeiden, daß das Untergericht aus Unlust, an einem anscheinend feststehenden Beweisergebnis rütteln zu lassen, sich dieses Ablehnungsgrundes bedient.¹⁾ Von daher gesehen ist der Ablehnungsgrund der Prozeßverschleppungsabsicht überhaupt überflüssig.²⁾ Die objektiven Ablehnungsgründe reichen zur Ablehnung bereits aus. Auch wird in der Regel erst nach Feststellung der objektiven Wertlosigkeit der beantragten Beweiserhebung die Feststellung der Verschleppungsabsicht möglich sein, dies umso mehr, als bei der weiten Auslegung des § 246 selbst eine schikanös erscheinende Prozeßführung die Ablehnung des Antrags allein noch nicht rechtfertigt,³⁾ der Antragsteller sich vielmehr darüber hinaus der Unmöglichkeit bewußt sein muß, durch den Antrag eine

1) RG 13 S. 151; 20 S.206 (207); 65 S.304 (306); der BGH hat sich dem grundsätzlich angeschlossen: BGH 1 S.29 (32); Eb.Schmidt Anm.39 zu § 244; Alsberg-Nüse S.33;

2) Dafür, daß ein Zurückgreifen auf den Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht nicht notwendig ist, Eb.Schmidt Anm.38 zu § 244; Dohna, Probleme der Strafrechtserneuerung S.330 ff.; im übrigen Schrifttum wird die Bedeutung dieses Ablehnungsgrundes bei seiner Behandlung implizite angenommen; Stützel S.100.

3) Alsberg-Nüse S.36; vgl. auch RG 12 S.335 (336); 13 S.151; Stützel S.98 ff.; Beling S.381 Anm.4.

für ihn günstige Wendung der Sache herbeizuführen.¹⁾ Bloße Zweifel des Antragstellers am Erfolg der beantragten Beweiserhebung berechtigen nicht zur Ablehnung.²⁾ Wie soll aber ein solcher Nachweis mit Sicherheit geführt werden können, wenn die beantragte Beweisaufnahme tatsächlich zur weiteren Sachaufklärung beizutragen vermag, so daß alle objektiven Ablehnungsgründe, bei deren Feststellung der Richter über einen gewissen Ermessensspielraum verfügt, versagen? Es muß vielmehr darüber hinaus angenommen werden, daß in einem solchen Fall die Ablehnung wegen Prozeßverschleppung selbst dann nicht statthaft ist, wenn eine hierauf gerichtete Absicht ausnahmsweise offen zu Tage treten sollte, weil etwa der Antragsteller irrtümlich die Wertlosigkeit der begehrten Beweisaufnahme annimmt. Ist nämlich ein Beweis- antrag aus objektiven Gesichtspunkten nicht ablehnbar, so ist das Gericht von Amts wegen zur Erhebung des Beweises verpflichtet.³⁾ Auf den Ablehnungsgrund der Pro- zeßverschleppungsabsicht im Rahmen des § 244 kann daher bei einer Reform der Straf- prozeßordnung verzichtet werden.⁴⁾⁵⁾

1) Vgl. Alsberg-Nüse S.37; Stützel S.100; Scanzoni in Anm. zu OLG Dresden JW 1933 S.470 Nr.6.

2) Vgl. RG JW 1933 S. 450 Nr.41 (S.451); Alsberg-Nüse S.37 und die dort angegebenen weiteren Rechtsprechungsnachweise.

3) Vgl. OLG Dresden JW 1933 S.470 Nr. 6 (S.471); Stützel S.100; Beling S.378 Anm.3.

4) Anders liegt der Fall bei § 245 StPO. Hier kann der Ablehnungsgrund der Prozeßverschleppungsabsicht ein Regulativ dafür sein, daß die Parteien das Gericht auch zur Erhebung weder erheblicher noch beweisbedürftiger Tatsachen zwingen können; vgl. hierzu im einzelnen S.62 ff.

5) Die Verhältnismäßigkeit zwischen dem, was mit der angestrebten Beweis- erhebung erreicht werden kann und der dadurch notwendigen Hinauszögerung der Urteilsfällung kann in der Regel mit dem Ablehnungsgrund der Unerreich- barkeit angemessen berücksichtigt werden.

2. Die Unerheblichkeit der Beweistatsache

Ein Beweisantrag kann als unerheblich abgelehnt werden, wenn die unter Beweis gestellte Tatsache, selbst wenn sie bewiesen werden sollte, nicht geeignet ist, auf die Entscheidung der Schuld- oder Straffrage unmittelbar oder mittelbar irgendeinen Einfluß auszuüben,¹⁾ wenn sie also weder als

Haupttatsache - auch unmittelbar beweiserhebliche

Tatsachen genannt; in ihnen verwirklichen sich
die abstrakten Merkmale einer Straftat -
noch als

Indiz - das sind die mittelbar beweiserheblichen

Tatsachen; sie erlauben einen Schluß auf das
Vorhandensein der unmittelbar erheblichen Tat-
sachen direkt oder mit Hilfe weiterer Zwischen-
glieder -
noch als

Hilfstatsache - d.h. Tatsachen, von denen die Be-

wertung eines Beweismittels, z.B. die Echtheit
von Urkunden oder die Glaubwürdigkeit von Zeugen
abhängt -

für die Urteilsfindung Verwendung finden kann.²⁾ Eb.Schmidt³⁾ will aus dem Begriff der Unerheblichkeit die Fälle ausklammern, in denen zwischen der unter Beweis gestellten Tatsache und dem abzuurteilenden Ereignis ein Zusammenhang überhaupt nicht erkennbar ist. Diese Fälle will Eb.Schmidt als unzulässig behandelt wissen mit der Folge, daß der Richter einen entsprechenden Beweisantrag nicht nur ablehnen kann, sondern ablehnen muß.⁴⁾

1) Vgl. Alsberg-Nüse S.64 ff.; Eb.Schmidt Anm.41 u.50 zu § 244.

2) Vgl. im einzelnen Alsberg-Nüse S.63 ff.; Simader S.95 ff., 116 ff.; Stützel S.57

3) Anm.32 u.46 zu § 244.

4) Simader will hier eine Ablehnung wegen tatsächlicher Irrelevanz der Beweistatsache zulassen. Er zählt diesen Ablehnungsgrund im Gegensatz zu Eb.Schmidt zur Unbegründetheit der Beweisführung. Ebenso Stützel S.62 ff.

Eine solche Unterscheidung des Grades der Unerheblichkeit würde jedoch nur zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen, ohne daß sie erkennbare Vorteile zu bieten hätte.¹⁾ Alles, was jenseits der Erheblichkeit liegt, ist unerheblich, und jeder Richter wird, auch wenn eine Ablehnung für diesen Ablehnungsgrund im Gegensatz zur Unzulässigkeit nicht zwingend vorgeschrieben ist, von einer solchen Beweiserhebung Abstand nehmen. Darüber hinaus noch vom Richter zu verlangen, daß er im Einzelfall zwischen größerer und geringerer Unerheblichkeit unterscheide, hat keinen praktischen Wert. Diese Unterscheidung kompliziert nur das System der Ablehnungsgründe.²⁾

Unerheblich ist eine Tatsache auch dann, wenn feststeht, daß wegen Fehlens eines Tatbestandsmerkmals oder wegen Vorhandenseins eines Rechtfertigungs- oder Strafausschließungsgrundes Freispruch ergehen muß oder daß wegen Fehlens einer Prozeßvoraussetzung Prozeßurteil zu erlassen ist. In diesen Fällen ist von einer weiteren Sachaufklärung abzusehen.³⁾

3. Die Ungeeignetheit des Beweismittels ⁴⁾

Ob ein Beweismittel ungeeignet ist oder nicht, wird der Richter in der Regel erst nach der Benutzung des Beweismittels auf Grund des persönlichen Eindrucks, den er von ihm gewonnen hat, feststellen können. Nur wenn sich die völlige Untauglichkeit von vornherein aus dem Wesen des Beweismittels selbst und unabhängig

1) Die Unterscheidung wurde ursprünglich im Hinblick auf § 245 StPO getroffen. Sie hatte den Zweck, den in diesem Paragraphen festgelegten absoluten Beweiszwang auch für unerhebliche Beweiserhebungen aufzulockern.

2) Bedenken hinsichtlich der begrifflichen Unterscheidungsmöglichkeit äußert Dohna, Probleme der Strafrechtserneuerung, S.321 ff.

3) Vgl. Alsberg-Nüse S.65 ff.; Eb.Schmidt Anm.48 zu § 244.

4) Vgl. im einzelnen hierzu Alsberg-Nüse S.87, 207 ff.; Simader 123 ff.; Stützel 67 ff.; Eb.Schmidt Anm.53 und 54 zu § 244; Vorbem.14 vor § 48 und die dort angegebenen Entscheidungen; Löwe-Rosenberg Anm.24b zu § 244.

vom Ergebnis der bisherigen Beweisaufnahme eindeutig ergibt, darf der Richter das Beweismittel schon vor seiner Erprobung als ungeeignet zurückweisen. Als Schulbeispiele werden meist angeführt: Es wird die Vernehmung eines Blinden über Farben oder eines Tauben über Geräusche beantragt.

Ob die strengen Voraussetzungen des Ablehnungsgrundes der völligen Ungeeignetheit erfüllt sind, bleibt der Entscheidung im Einzelfall überlassen; denn es gibt keine Personengruppen, die generell als Zeugen ungeeignet sind.¹⁾ weder jugendliches Alter noch Geisteskrankheit, noch Blind- oder Taubstummheit²⁾ schließen die Fähigkeit, als Zeuge vernommen zu werden, absolut aus.

Die Gefahr einer unzulässigen Vorwegnahme der Beweiswürdigung ist besonders groß, wenn es darum geht, einen Zeugen wegen präsumtiver Unglaubwürdigkeit von vornherein als ungeeignet zurückzuweisen. Eine bloß mögliche, wenn auch noch so wahrscheinliche Ungeeignetheit des Zeugen genügt nicht. Einem Zeugen darf deshalb nicht allein darum, weil er der Ehegatte oder ein naher Verwandter des Angeklagten ist, von vornherein die Glaubwürdigkeit abgesprochen werden, dies insbesondere auch dann nicht, wenn schon erhobene Beweise das Gegenteil dessen ergeben haben, was durch das Zeugnis dieser Personen erwiesen werden soll. Das machen schon die §§ 60, 61 StPO mit den Vereidigungsverboten, bzw. mit der Möglichkeit, von einer Vereidigung abzusehen, deutlich. Sie setzen die Vernehmung dieser Zeugen als den normalen Fall voraus. Es müssen vielmehr zu der Eigenschaft als Ehegatte oder Verwandter des Angeklagten noch besondere Umstände hinzukommen, die die völlige Wertlosigkeit der Aussage des Zeugen schon vor seiner Vernehmung mit Sicherheit ermessen lassen. An die Begründung der präsumtiven Wertlosigkeit stellt der BGH im Anschluß an das RG

1) Vgl. Eb.Schmidt Vorbemerkung 14 vor § 48; Alsberg-Nüse S.207.

2) RG 33 S.403 (404).

strenge Anforderungen. Nichtssagende Wendungen wie die, daß die Wertlosigkeit der Zeugenaussage im vorliegenden Fall schon im voraus abschließend festgestellt werden könne, genügen jedenfalls nicht.¹⁾

4. Die Unerreichbarkeit des Beweismittels

Eine praktische Notwendigkeit, einen Beweisantrag abzulehnen, besteht für das Gericht, wenn das Beweismittel nicht herbeigeschafft werden kann, wenn es also unerreichbar ist. Auch an diesen Ablehnungsgrund werden strenge Anforderungen gestellt. Ein Zeuge ist z.B. erst dann unerreichbar, "wenn alle der Bedeutung des Zeugnisses entsprechenden Bemühungen des Gerichts zur Beibringung des Zeugen ohne Erfolg geblieben sind und auch für die Zukunft keine begründete Aussicht besteht, daß er in absehbarer Zeit werde herbeigebracht werden können."²⁾ Aus dieser Definition ergibt sich, daß für das Maß der anzuwendenden Bemühungen die mögliche Bedeutung des Zeugnisses für die Sachaufklärung im Verhältnis zu dem bereits vorliegenden Beweismaterial zu berücksichtigen ist.³⁾ Je ausschlaggebender die Aussage des Zeugen für die Entscheidung der Strafsache sein kann, desto weniger dürfen auch erhebliche Verzögerungen des Prozesses gescheut werden. Es brauchen jedoch nicht zur Bedeutung der Beweistatsache außer Verhältnis stehende Prozeßverzögerungen in Kauf genommen zu werden. Im Rahmen dieses Ablehnungsgrundes ist also eine Beweis-antizipation in engen Grenzen zugunsten der Beschleunigung des Prozesses zulässig. Es sind die beiden Prozeßprinzipien der Wahrheitserforschung und der Konzentration der Gründlichkeit und der Schnelligkeit der Entscheidung⁴⁾, die hier in gewissem praktischen Widerspruch zueinander stehen und die der Richter bei Abwägen der Verhältnismäßigkeit ausbalancieren muß. Er verfügt hierbei notwendig über einen gewissen Ermessensspielraum.

1) RG 63 S.329 (332); BGH NJW 1952 S.191 Nr.16; BGH JR 1954 S.310; weitere Angaben der Rechtsprechung bei Alsberg-Nüse S.219 Anm.41a u. bei Löwe-Rosenberg Anm.15 u.24b zu § 244; Im Schrifttum wurde zuweilen die Ablehnung des Zeugen mit Rücksicht auf seine Persönlichkeit für schlechthin unstatthaft erklärt: So Beling S.380 Anm.4; ZStW 24 S.476; JW 1925 S.2782 zu Nr.7; Gerland S.365,366; Mannheim ZStW 48 S.686 u. in Anm. zu RG JW 1927 S.2467 Nr.20.

2) So BGH GA 1954 S.374.

3) Vgl. auch Alsberg-Nüse S.145

4) Vgl. Sauer, Grundlagen S.604 ff.

5. Die Entbehrlichkeit der Beweiserhebung

Grundsätzlich ist eine Tatsache, die beweiserheblich ist, auch beweisbedürftig, d.h. es muß über sie zwecks Schaffung einer überprüfbaren Urteilsgrundlage auf prozeßordnungsgemäßem Wege Beweis erhoben werden. Eine Beweisaufnahme muß jedoch dann überflüssig erscheinen, wenn entweder das Ziel der beantragten Beweiserhebung bereits mit den gleichen Garantien erreicht ist, oder wenn feststeht, daß das Beweisthema schlechterdings unbeweisbar ist. Es sind dies die Fälle des entbehrlichen Beweises.¹⁾ Das Gesetz kennt drei Fälle:

1. Wegen Offenkundigkeit der Beweistatsache oder ihres Gegenteils,
2. wegen Erwiesenseins der Beweistatsache,
3. wegen Nichtwiderlegbarkeit einer zugunsten des Angeklagten vorgebrachten Entlastungstatsache, - die "so behandelt werden kann, als wäre die behauptete Tatsache wahr."

Mit der Beseitigung des überflüssigen Beweises dienen diese Ablehnungsgründe der Konzentration und der Prozeßökonomie.

a) Wegen Offkundigkeit der Beweistatsache: ²⁾

Offenkundig sind die Tatsachen, die so allgemein wahrgenommen oder so allgemein ohne ernstlichen Widerspruch verbreitet werden, daß ein verständiger und lebenserfahrener Mann sich davon überzeugt halten kann.³⁾ Voraussetzung ist nicht, daß die Tatsache jedem Gebildeten jederzeit geläufig ist; es genügt, daß man sich über sie aus zuverlässigen, allgemein zugänglichen Quellen jederzeit orientieren kann

.....

1) Vgl. Schenk, Der entbehrliche Beweis vor dem erkennenden Gericht, Diss. Heidelberg 1953.

2) Vgl. hierzu Eb.Schmidt I Nr.317-319; Löwe-Rosenberg Anm. 23a zu § 244, 4b zu § 261; Alsberg-Nüse S.108 ff.; Simader S.148 ff.; BGH 6 S.292 ff.

3) Stein S. 147; Alsberg-Nüse S.111.

und daß dazu besondere Fachkenntnisse nicht erforderlich sind.¹⁾ Ob eine Tatsache offenkundig ist, wird auch je nach Ort und Zeit anders zu beurteilen sein.²⁾

Offenkundige Tatsachen bedürfen nicht des Beweises.³⁾ Eine Beweiserhebung über sie ist zwar nicht unmöglich, aber doch unnötig und würde nur dazu dienen, den Prozeß in die Länge zu ziehen. Das gleiche gilt, wenn das Gegenteil der unter Beweis gestellten Tatsache offenkundig ist.⁴⁾ In diesem Falle ist die Beweisführung nicht nur unnötig, sondern darüber hinaus unmöglich. Offenkundige Tatsachen schließen den Gegenbeweis schlechthin aus.

Der Offenkundigkeit steht die Gerichtskundigkeit gleich.⁵⁾ "Gerichtskundig ist, was der Richter weiß, weil er Richter ist."⁶⁾ Vielfach wird einschränkend verlangt, daß der Richter die Tatsache in amtlicher Eigenschaft erfahren haben müsse.⁷⁾

Wenn auch eine offenkundige oder gerichtskundige Tatsache nicht des Beweises bedarf, so muß sie doch, soll sie bei der Entscheidung Verwertung finden können, zum Gegenstand der Verhandlung gemacht werden; das gebietet schon das Mündlichkeitsprinzip. Es geht nicht an, daß das Urteil später auf Tatsachen gestützt wird, zu denen die Beteiligten vorher nicht Stellung nehmen konnten.⁸⁾ Auch muß den Parteien Gelegenheit gegeben werden, über die Offenkundigkeit zu verhandeln, insbesondere

1) BGH 6 S.292 (293); Eb.Schmidt I Nr.317 (S.163); Löwe-Rosenberg Anm.4b zu § 261.

2) Löwe-Rosenberg Anm. 4b zu § 261; Eb.Schmidt a.a.O.

3) Für den Zivilprozeß ist dies im § 291 ausdrücklich gesagt; für den Strafprozeß muß das gleiche gelten.

4) Vgl. BGH 6 S.292 (296); Nüse GA 55 S.73.

5) Vgl. BGH 6 S.293; 7 S.7; von der Gerichtskundigkeit ist scharf zu unterscheiden die Aktenkundigkeit; wenn der Richter sich die Kenntnis von den Tatsachen erst durch Akteneinsicht verschaffen muß, - mag es sich hierbei auch um jederzeit verfügbare Akten handeln-, so sind die Tatsachen nicht gerichtskundig; vgl. Eb. Schmidt I Nr.319; Alsberg-Nüse S.119.

6) Alsberg-Nüse S.116; Eb.Schmidt I Nr. 318 (S.164); vgl. auch Löwe-Rosenberg Anm.4b zu 261 (S.673); zum ganzen Stein, Das private Wissen des Richters, 1893.

7) RG JW 1925 S.796 Nr.11; JW 1925 S.2136 Nr.6; JW 1932 S.2729 Nr.30; BGH 6 S.292 (293); Gerland S.191; dagegen überzeugend Alsberg-Nüse S.117 ff.

8) Vgl. BGH 6 S.292 (295,296); Sarstedt S.239; Nüse GA S.74; Eb.Schmidt I Nr.319 (S.165); Löwe-Rosenberg Anm. 4b zu § 261 (S.263).

die Annahme der Offenkundigkeit als irrig zu bekämpfen.¹⁾ Dadurch wird zugleich das Mündlichkeitsprinzip, wegen dessen angeblicher Verletzung Graf zu Dohna²⁾ den gerichtskundigen Tatsachen die Eigenschaft der Offenkundigkeit abspricht, gewahrt. Allerdings gibt es Tatsachen von einer so selbstverständlichen Offenkundigkeit, daß "jedes Wort darüber Zeitvergeudung wäre."³⁾

Eine weitere Garantie bei der Feststellung einer Tatsache als offenkundig bzw. gerichtskundig besteht darin, daß hierzu Einstimmigkeit aller Mitglieder des erkennenden Gerichts erfordert wird.⁴⁾

b) Wegen Erwiesenseins der Beweistatsache⁵⁾

Ist das Gericht von der Wahrheit der unter Beweis gestellten Tatsache bereits auf Grund des bisherigen Beweisergebnisses überzeugt, hegt es in dieser Richtung keinerlei Zweifel, so ist eine weitere Beweiserhebung über diese Tatsache überflüssig. Das mit dem Beweisantrag erstrebte Ergebnis ist bereits erreicht. Das Gericht muß sich jedoch hüten, den Antrag deshalb abzulehnen, weil das Gegenteil der unter Beweis gestellten Tatsache erwiesen sei; "das wäre unzulässige Vorwegnahme der Beweiswürdigung hinsichtlich eines dem Gericht noch unbekannten Beweismittels und zugleich voreiliger Abschluß der Beweiswürdigung hinsichtlich der bisherigen Beweismittel, die möglicherweise bei Benutzung neuer Beweismittel ganz anders ausfallen würde."⁶⁾

1) Vgl. Alsberg-Nüse S.137; Gerland S.191; v.Kries (S.340) hielt demgegenüber die Verhandlung darüber, ob eine Tatsache bei Gericht offenkundig ist, für begrifflich ausgeschlossen.

2) Strafprozeßrecht S.92.

3) Eb.Schmidt I Nr. 319.

4) Vgl. BGH 6 S.292 (297); RG JW 1925 S.2136 Nr.6; Eb.Schmidt I Nr.19 (S.165); Erbs.Anm. VI B 2 zu § 261; Alsberg-Nüse S.130, 131; Simader S.149 ff; Peters S.244; v.Kries S.339, 340; dagegen: Sarstedt S.236 ff. Anm. 111.

5) Vgl.hierzu Eb.Schmidt Anm.52 zu § 244; Löwe-Rosenberg Anm. 23b zu § 244.

6) Beling, S.380.

c) Wegen Nichtwiderlegbarkeit einer zugunsten des Angeklagten vorgebrachten Entlastungstatsache (sog. Wahrunterstellung).¹⁾

Ist eine Tatsache erheblich und ihre Beweisbedürftigkeit nicht schon durch Erwiesensein oder Offenkundigkeit ausgeschlossen, so ist, wenn ein taugliches Beweismittel zur Verfügung steht, der Beweis grundsätzlich zu erheben. Eine Ausnahme besteht jedoch für den Angeklagten entlastende Tatsachen. Hier genügt es schon, daß die Entlastungstatsache nichtwiderlegbar ist, damit das Gericht von einer Beweiserhebung Abstand nehmen kann. Ist die Behauptung des Angeklagten weder durch ihre innere Unglaubwürdigkeit noch durch äußere Beweise zu widerlegen, so muß das Gericht bereits von Amts wegen von ihrer Wahrheit ausgehen. Das besagt die Unschuldsvermutung, die zugunsten des Angeklagten eingreift. Voraussetzung allerdings ist, daß das Gericht zuvor a l l e M ö g l i c h k e i t e n, die Behauptung zu w i d e r l e g e n, erschöpft hat. Andernfalls würde das Gericht seine Aufklärungspflicht verletzen.²⁾ Die Wahrbehandlung einer unwiderlegbaren Entlastungstatsache ist daher nichts anderes als die Umschreibung des Satzes "in dubio pro reo".³⁾

Dagegen braucht das Gericht die Wahrheitserforschung in Richtung auf den Beweis der dem Angeklagten günstigen Behauptung nicht vollständig zu führen. Obwohl die unter Beweis gestellte Entlastungstatsache in der Regel beweisbar ist - andernfalls greifen schon andere Ablehnungsgründe ein -, braucht das Gericht den Beweis nicht zu erheben, um sich von der Wahrheit der Tatsache zu überzeugen. Es kann sich damit begnügen, daß ihr Gegenteil nicht nachgewiesen und auch nicht nachweisbar ist, die Tatsache mithin als unwiderlegbar erscheint, ohne hierdurch

1) Vgl. im einzelnen Alsberg-Nüse S.146 ff.; Eb.Schmidt Anm.58 ff. zu § 244; Löwe-Rosenberg Anm.23c zu § 244.

2) Vgl. Eb.Schmidt Anm.61 zu § 244; Löwe-Rosenberg Anm. 23c zu § 244 (S.609); KMR Anm. 17 zu § 244; Radbruch S.206, 207.

3) Radbruch S.208.

seine Aufklärungspflicht zu verletzen; denn die Wahrheitserforschungspflicht kann nur so weit reichen, wie es das Prozeßziel verlangt. Prozeßziel ist aber der Nachweis der Schuld des Angeklagten. Steht fest, daß dieser Nachweis nicht gelingen kann, so ergeht Freispruch; ob der Freispruch wegen erwiesener Unschuld erfolgt oder mangels Beweises, ist nach dem Gesetz gleichwertig.¹⁾ Es gibt dem Angeklagten daher keinen Anspruch auf Feststellung seiner Unschuld.²⁾ Solange aber das Gesetz den Freispruch mangels Beweises und den wegen erwiesener Unschuld als gleichwertig behandelt, solange es das Rehabilitierungsinteresse des Angeklagten nicht berücksichtigt und es somit prozessual unerheblich erscheinen läßt, solange kann der Richter bezüglich der Entlastungstat-sachen schon v o r völliger Aufklärung stehenbleiben, nämlich in dem Augenblick, wo feststeht, daß sie zumindest unwiderlegbar sind. Die Grundsätze der Konzentration und der Prozeßökonomie werden den Richter in diesem Fall davon abhalten, weitere unter Umständen recht zweifelhafte Beweise, die die Unschuld des Angeklagten dartun sollen, zu erheben. Nur in besonderen Fällen, wie z.B. zur Feststellung eines Entschädigungsanspruchs nach § 2 des Gesetzes betreffend die Entschädigung wegen unschuldig erlittener Untersuchungshaft oder zur Erstattung der notwendigen Auslagen nach § 467 Abs.2 StPO kann das Gericht einmal gehalten sein, die Aufklärung weiter zu erstrecken, als es für die Entscheidung des Straffalles nötig wäre. Es

Es sind also auf der einen Seite das Prinzip "in dubio pro reo", auf der anderen Seite der Grundsatz, daß der Angeklagte keinen Anspruch auf Feststellung seiner

1) § 260 Abs.1 StPO unterscheidet nicht zwischen verschiedenen Freisprüchen; er führt lediglich Freispruch schlechthin an. Vgl. BGH 7 S.153 ff: Die Begründung mangels Beweises wird nicht als Beschwer angesehen, sondern lediglich als mittelbarer Nachteil. Löwe-Rosenberg Anm. 2b zu § 296 mit Nachweisen ständiger Rechtsprechung des RG; KMR Vorbem. 3a zu 296; Erbs Anm.X zu 296; Beling S.333 und ZStW 38 S.629; Peters S.495 ff; Henkel S.422; Kern S.198; Exner S.77; Sarstedt S.28.

2) Vgl. Alsberg-Nüse S.67, 3; S.69, 71; KMR Anm.4c und 6e zu § 467.

Unschuld hat sowie die Prinzipien der Konzentration und der Prozeßökonomie, die die Beweiserhebung über eine beweisbare Entlastungstatsache im Falle ihrer Nichtwiderlegbarkeit entbehrlich machen.

Aus dem Gesamtzusammenhang dieser Prinzipien ergibt sich bereits, daß für die Belastungstatsachen nicht das gleiche gelten kann. Eine zwar beweisbare, aber schon nicht widerlegliche Belastungstatsache ist begrifflich ausgeschlossen, da für die Schuld niemals eine Vermutung eingreift. Hier gelten nur die Begriffs-
paare: bewiesen oder nicht bewiesen, beweisbar oder nicht beweisbar. Das Gericht muß die Aufklärung hier bis zum letzten durchführen. Solange eine Belastungstatsache beweisbar ist, muß es den Beweis erheben. Es kann den Schuldspruch - im Gegensatz zum Freispruch - nur auf nachgewiesene Tatsachen stützen. Der Ablehnungsgrund der Nichtwiderlegbarkeit greift daher hier nicht ein.

Im Gesetz wird der Ablehnungsgrund der Nichtwiderlegbarkeit mit den Worten umschrieben: "Wenn eine erhebliche Behauptung, die zur Entlastung des Angeklagten bewiesen werden soll, so behandelt werden kann, als wäre die behauptete Tatsache wahr" (sog. Wahrunterstellung). Diese Formulierung ist unklar; sie läßt gleich die Frage stellen, welche Fälle es denn sind, in denen eine Wahrunterstellung unschädlich ist. Man könnte leicht vermuten, daß es ihrer mehrere gibt. Wie die obigen Ausführungen jedoch gezeigt haben, ist es einzig und allein die Nichtwiderlegbarkeit einer Entlastungstatsache, die den Richter dazu zwingt, von ihrer Wahrheit auszugehen, auch wenn er sich nicht durch Aufnahme des Beweises von ihrer Wahrheit überzeugt hat. In allen anderen Fällen greift entweder ein anderer Ablehnungsgrund ein - eine Wahrunterstellung ist dann überflüssig, ja gefährlich -, oder die Ablehnung würde die Wahrheitserforschungspflicht verletzen.

Die ungenaue Formulierung des Gesetzes ist nur dazu angetan, Mißverständnisse hervorzurufen.¹⁾ Auch verleitet sie die Untergerichte zu falscher Anwendung des Ablehnungsgrundes.²⁾ Die Formel der Wahrunterstellung stammt aus einer Zeit, in der das Reichsgericht das System der Ablehnungsgründe erst allmählich entwickelte. In diesem Anfangsstadium ließ das Reichsgericht die Wahrunterstellung in Fällen zu, wo sie heute ausgeschlossen ist, so z.B. bei Erwiesensein³⁾ oder bei Unerheblichkeit⁴⁾ der Beweistatsache. Man umging so den für die Unerheblichkeit geltenden Begründungszwang, an den sehr viel höhere Anforderungen gestellt wurden als an die Wahrunterstellung. Dieser leicht zu handhabende Ablehnungsgrund verlockte so zu schneller Beseitigung eines unangenehmen Beweisantrags. Stellte sich beim Urteil dann heraus, daß die Wahrunterstellung voreilig, doch nicht haltbar war, so wurde die gegebene Zusage der Wahrbeurteilung nicht eingehalten. Das Reichsgericht hat deshalb viele Urteile aufgehoben.⁵⁾ Die Formel der Wahrunterstellung ist nicht nur unklar; sie ist

1) Gegen eine Wahrunterstellung, weil sie begrifflich zu weit gefaßt sei, Graf zu Dohna, JW 1929 S.1445; ebenso ablehnend, weil er die Funktion der Wahrunterstellung verkennt, sie führe zu "einer Art Verhandlungsgrundsatz", Goldschmidt S.454; Radbruch, Die Wahrunterstellung im Strafprozeß in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben 1929 Bd.5 S.207, lehnt die Wahrunterstellung deshalb ab, weil er dem Angeklagten einen Anspruch auf Feststellung seiner Unschuld zuerkennt; der Richter müsse auch in Richtung auf den Unschuldsbeweis auf Antrag alle Beweismöglichkeiten erschöpfen, um zu einem Freispruch wegen erwiesener Unschuld zu kommen. Nur wenn der Unschuldsbeweis gescheitert sei, dürfe Freispruch mangels Beweises ergehen.

2) Vgl. KG JW 1925 S.1539 Ziff.2.

3) Vgl. hierzu Alsberg 1.Aufl. S.112 ff; RG 61 S.359

4) Vom RG ausdrücklich gebilligt: RG 35 S.389; RG JW 1914 S.892 Nr.14; RG 65 S.322 ff (330); RG JW 1932 S.1748 Nr.34.

5) Vgl. KG JW 1925 S.1539 Ziff.2; Radbruch S.204 und die bei Alsberg-Nüse S. 158 ff. behandelten Beispiele einer mißbräuchlichen Anwendung der Wahrunterstellung.

darüber hinaus geeignet, die Interessen Dritter zu beeinträchtigen, nämlich dann, wenn die den Angeklagten begünstigenden Tatsachen einen Dritten belasten oder bloßstellen.¹⁾ Dem Interesse des Dritten wäre besser Rechnung getragen, wenn die Tatsache im Ablehnungsbeschluß nicht als wahr unterstellt, sondern im Rahmen des anhängigen Prozesses zugunsten des Angeklagten als nicht widerlegt angesehen würde; daraus ergäbe sich bereits ihre Wahrbehandlung für den anhängigen Prozeß.

Da heute unstreitig ist, daß der einzige Fall einer zulässigen Wahrunterstellung der der Nichtwiderlegbarkeit einer Entlastungstatsache ist, so sollte eine Prozeßreform die nicht treffende Formel der Wahrunterstellung im § 244 StPO durch die der Nichtwiderlegbarkeit ersetzen. Die textliche Änderung würde deutlich machen, daß die Wahrbehandlung die zwingende Folge der Nichtwiderlegbarkeit ist und nicht Folge einer vom Gericht mehr oder weniger willkürlich vorgenommenen Unterstellung der Tatsache als wahr.

III. Die Ablehnung des Sachverständigenbeweisantrags

Das Reichsgericht hat - im Gegensatz zum Zeugenbeweisantrag - lange Zeit daran festgehalten, daß die Entscheidung über einen Sachverständigenbeweisantrag im freien Ermessen des Tatrichters stehe. Eine Ausnahme bildeten nur die wenigen Fälle, in denen die Zuziehung eines Sachverständigen vom Gesetz zwingend vorgeschrieben war. Im übrigen war das Gericht selbst dann nicht zur Anhörung eines Sachverständigen verpflichtet, wenn die Erforschung der Wahrheit eine besondere Sachkunde erforderte

1) Vgl. Radbruch S.203, 204 und den dort angegebenen Fall RG 46 S.278.

Es genüge, daß sich das Gericht die erforderliche Sachkunde selbst zutraute.¹⁾ Maßte es sich zu Unrecht die notwendigen technischen Kenntnisse an und traf es deshalb eine Fehlentscheidung, so erblickte das Reichsgericht darin keinen rechtlichen, sondern immer nur einen rein tatsächlichen Irrtum, der als solcher einer Nachprüfung durch das Revisionsgericht nicht unterlag.²⁾ Diese Auffassung gründete sich einestheils auf die besondere Natur des Sachverständigenbeweises: Der Sachverständige sei Gehilfe des Richters; nur der Richter selbst aber könne darüber entscheiden, ob und inwieweit er eines solchen Gehilfen bedürfe.³⁾ Zum anderen führte man zur Begründung an, der Verzicht auf den Sachverständigen sei ein Akt der freien richterlichen Beweiswürdigung.⁴⁾

Mit RG 61 S.273 wurde die entscheidende Wendung in dieser Rechtsprechung herbeigeführt. Seitdem durfte der Richter einen Sachverständigenbeweis Antrag wegen eigener Sachkunde nur noch ablehnen, wenn er diese Sachkunde nach allgemeiner Lebenserfahrung auch tatsächlich haben konnte.⁵⁾ Dieser objektive Maß-

1) Vgl. RG 3 S.176; 14 S.276 (278); 25 S.326; 47 S. 100 (108); 49 S.435 (437); 51 S.42; 52 S.61 (62); 57 S.158; dieser Rechtsprechung stimmten im Schrifttum u.a.zu: Ditzgen ZStW 10 S.163 ff.; v.Kries S.555 ff.; Mezger, Der psychiatrische Sachverständige S.182; Mezger hob jedoch bereits hervor, daß für die Ausübung des Ermessens objektive Gründe maßgebend sein müßten (S.156 ff.); vgl. hierzu H.Mayer in Mezger-Festschrift S.455 ff. Gegen das Reichsgericht: Alsberg LZ 1915 S.482 ff.; Lobe LZ 1914 S.983; Goldschmidt S.439 ff.; Gerland GS 69 S.289; Beling ZStW 38 S.623; JW 1925 S.796; Mannheim Anm.zu RG JW 1928 S.1308 Nr.30.

2) RG 25 S.326 (328); diese Entscheidung blieb lange Zeit maßgebend.

3) So schon die Motive, vgl. Hahn I S.120.

4) So schon die Motive vgl. Hahn I S.120; vgl. RG 25 S.327; hiergegen: Stein, Das private Wissen des Richters S.77, 78; Holtzendorff Bd.1 S.239, 240; Glaser, Handbuch Bd.1 S.725; Beiträge zur Lehre vom Beweis, S.392 Fußnote 296.

5) Im Anschluß an RG 61 S.273. gleichfalls RG JW 1928 S. 2988 Nr.24 mit zustimmender Anm.v.Alsberg; RG JW 1929 S.1475 Nr.27; RG JW 1931 S.2026 Nr.17; RG JW 1932 S.3097 Nr.46; RG JW 1936 S.1976 Nr.44; weitere Nachweise bei Sarstedt S.175 Anm.67; vgl. auch Schneidewin, Die Rechtsprechung in Strafsachen in 50 Jahre Reichsgericht am 1.Okt.1929, Berlin und Leipzig 1929, S.330.

stab ermöglichte erst eine Nachprüfung durch das Revisionsgericht. In den Fällen, in denen sich der Tatrichter zu Unrecht eigene Sachkenntnis zugetraut hatte, hob nunmehr das Reichsgericht das Urteil auf. Das Dogma der freien Ablehnbarkeit des Sachverständigenbeweisantrags war damit aufgegeben. In der Folgezeit behielt sich das Reichsgericht vor, an Hand der tatsächlichen Verhältnisse des konkreten Falles nicht nur die Sachkunde des Richters, sondern auch die Erheblichkeit des Sachverständigenbeweisantrags zu prüfen. Es entwickelte - wie vordem für den Zeugenbeweis - nun auch für den Sachverständigenbeweis unter Zugrundelegung des Prinzips der materiellen Wahrheit eine Reihe von Grundsätzen, die sowohl die Anhörung eines Sachverständigen an sich als auch die Zuziehung eines weiteren Sachverständigen betrafen.¹⁾

Diese Grundsätze wurden erstmals durch das Vereinheitlichungsgesetz vom 12. September 1950 in die StPO (§ 244 Abs. 4) aufgenommen. Damit wurde das Verbot der Beweisantizipation grundsätzlich auch für den Sachverständigenbeweis anerkannt. Die gegenüber dem Zeugenbeweis erweiterten Ablehnungsmöglichkeiten ergeben sich aus dem Wesen des Sachverständigenbeweises.

Nach der heutigen gesetzlichen Regelung kann daher der Richter außer bei Vorliegen eines Ablehnungsgrundes nach § 244 Abs. 3²⁾ die Erhebung eines Sachverständigenbeweises nur noch dann ablehnen, wenn er selbst die erforderliche Sachkunde auch tatsächlich besitzt, nicht schon dann, wenn er sie zu haben glaubt. Ob er ausreichende Sachkunde besitzt, beurteilt sich danach, ob er sie nach allgemeiner Lebenserfahrung auch haben kann. Dieser seit RG 61 S.273 herangezogene Maßstab der Lebenserfahrung ist zwar im Gesetz nicht erwähnt. Er fehlt aber

1) Vgl. RG JW 1931 S.949 Nr.23; RG JW 1932 S.3358 Nr.28; RG 71 S.336 (338)

2) Sie gelten, da sie aus allgemeinen beweisrechtlichen Grundsätzen abgeleitet sind, auch für den Sachverständigenbeweis.

nur dem Wortlaut, nicht dem Sinn des Gesetzes.¹⁾ Denn erst diese generalisierende Betrachtungsweise ermöglicht den Revisionsgerichten eine wirksame Nachprüfung der Frage, ob der Tatrichter wirklich über ausreichende eigene Sachkenntnis verfügte. Der BGH hat denn auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts in dieser Richtung fortgeführt und Urteile wegen Verletzung der Wahrheitserforschungspflicht aufgehoben, bei denen der Tatrichter die eigene Sachkunde zu Unrecht angenommen hatte, weil er sie nach der Erfahrung des Lebens nicht haben konnte.²⁾

Diese Rechtsprechung hat sich besonders stark auf das Problem der Bewertung von Kinderaussagen ausgewirkt. Ihren "Höhepunkt", aber zugleich auch ihren "kritischen Punkt" hat diese Entwicklung in der Entscheidung BGH 7 S.82 ff. erreicht.³⁾ In dieser Entscheidung nämlich umreißt der BGH die Voraussetzungen, bei deren Vorhandensein sich der Tatrichter unter Verzicht auf einen psychologischen Sachverständigen auf seine eigene Sachkunde verlassen darf, so eng, "daß der Verzicht zur Ausnahme, die Heranziehung

1) Vgl. Bockelmann S.326.

2) Vgl. BGH 3 S.27 (28); 3 S.169 (175); 2 S.163 ff. (165); 7 S.82 ff.; 8 S.76, 130; weitere Angaben bei Sarstedt S.176 ff.; er äußert allerdings Zweifel an der Tauglichkeit dieses Kriteriums; Bockelmann GA 1955 S.324 ff. sieht den tieferen Grund für die Pflicht zur Heranziehung eines Sachverständigen bei Übersteigen der gewöhnlichen Kenntnisse des Gerichts nicht in der Aufklärungspflicht, sondern in dem Problem des privaten Wissens des Richters. Spezialwissen des Richters könne, genau wie eine weder offenkundige noch gerichtsnotorische Tatsache, nur über eine förmliche Beweisaufnahme in den Prozeß eingeführt werden.

3) Bockelmann S.321.

des Sachverständigen zur Regel werden muß." 1)

Hat der Richter bereits ein Gutachten in einer Spezialfrage eingeholt, so ist er nicht verpflichtet - weder von Amts wegen noch auf Antrag - einen zweiten Sachverständigen oder sogar einen Obergutachter hinzuzuziehen; dies auch dann nicht, wenn er das Gegenteil des unter Beweis gestellten Themas durch das erste Gutachten bereits für erwiesen hält. Dies bedeutet keine Negierung des Verbots der Beweisantizipation für den Sachverständigenbeweis, sondern lediglich eine Auflockerung, die sich aus dem Wesen des Sachverständigenbeweises ergibt. Der Sachverständige ist im Gegensatz zum Zeugen fungibel. Theoretisch stehen daher dem Richter eine unbegrenzte Zahl von Sachverständigen zur Verfügung, die theoretisch alle zum gleichen Ergebnis kommen müßten. Solange gegen die Wertlosigkeit des ersten Gutachtens keine Bedenken erhoben werden können, ist daher der Richter nicht verpflichtet, zu demselben Beweisthema weitere Sachverständige zu hören. Er kann sich mit Recht schon auf Grund des ersten Gutachtens für überzeugt erklären. Erst wenn das erstattete Gutachten gegenüber dem beantragten Gutachten minderwertig erscheinen muß, gebietet es die Aufklärungspflicht, das beantragte Gutachten zu erheben. Das Gesetz gibt im § 244 Abs. 4 Satz 2 die folgenden,

1) Bockelmann S.328. Noch weitergehende Forderungen, als sie durch die Rechtsprechung des BGH ohnehin schon verwirklicht sind, werden von den Psychologen gestellt, vgl. hierzu Stern, S.61 ff, S.69 ff.; Die Forderungen der Psychologen werden auch von vielen Juristen unterstützt, vgl. Kohlhaas NJW 1951 S.903; Bohne SJZ 1949 S.9; Hülle JZ 1955 S.8 ff.; vgl. weitere Angaben bei Sarstedt S.175 Anm.67. Kritisch: Bindokat in JZ 1954 S.399; ebenfalls gegen diese "Psychologisierung des Strafprozesses" Bockelmann a.a.O.S. 321 ff: Die Würdigung von Zeugenaussagen sei ureigenste Kompetenz des Richters; ihm hier seine Kompetenz bestreiten, hieße seine berufliche Existenz in Frage stellen (S.329,330). Im ausländischen Recht übt man aus diesem Grunde und auch, weil der psychologischen Wissenschaft noch immer erhebliches Mißtrauen entgegengebracht wird, große Zurückhaltung in Bezug auf psychologische Sachverständigen-gutachten. Man findet psychologische Gutachten in der ausländischen Praxis nur für die Person des Angeklagten, z.B. zur Individualisierung der Strafe, jedoch so gut wie gar nicht für die Bewertung von Zeugenaussagen.

aus allgemeinen beweisrechtlichen Grundsätzen abgeleiteten Umstände an, aus denen sich die Unzulänglichkeit des ersten Gutachtens ergibt: Zweifelhafte Sachkunde des früheren Gutachters, unzutreffende tatsächliche Voraussetzungen des erstatteten Gutachtens, Widersprüche im Gutachten und Überlegene Forschungsmittel des neuen Sachverständigen. In diesen Fällen muß der Tatrichter weiteren Sachverständigenbeweis erheben.¹⁾

IV. Die Ablehnung des Antrags auf Einnahme eines richterlichen Augenscheins

Die Entscheidung über einen Beweisantrag auf Einnahme eines Augenscheins steht nach § 244 Abs. 5 StPO nicht mehr im freien, ~~irreversiblen~~,²⁾ sondern im pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters. Das Ermessen ist pflichtgemäß, wenn es von der Pflicht zur völligen Sachaufklärung getragen ist; d.h. auch für die Ablehnung der Einnahme eines Augenscheins sind die allgemeinen beweisrechtlichen Grundsätze, die für den Zeugen- und Sachverständigenbeweis zur näheren Ausgestaltung der Ablehnungsgrundsätze in Abs. 3 und 4 des § 244 geführt haben, maßgebend. Verstößt der Richter hiergegen, so begeht er einen Ermessensfehler, der mit der Revision gerügt werden kann.³⁾ Daraus ergibt sich, daß das Verbot der Beweisantizipation grundsätzlich auch für den Augenscheinsbeweis zu gelten hat. So darf das Gericht insbesondere einen beantragten Augenscheinsbeweis

1) Rechtsprechungsnachweise bei Alsberg-Nüse S.258, 259 Anm.35 bis 38.

2) So RG 14 S.276; 21 S.225; 47 S.100 ff.; zur Begründung führte das RG die besondere Natur des Augenscheinsbeweises und die freie Beweiswürdigung des Gerichts an. Gegen die Auffassung des RG: Lobe LZ 1914 Sp.983, 984; Gerland GS 69, 289 sowie Lehrbuch S.231, 232 Anm. 337; Alsberg in Anm. zu RG JW 1930 S.714 Nr.17 und Anm. zu RG JW 1931 S.1608 Nr. 66; Beling ZStW 38 S.623; Mannheim in Anm. zu RG JW 1928 S.1308 Nr.30 und Anm. JW 1931 S.1040 Nr.18.

3) Vgl. auch Alsberg-Nüse S. 386.

nicht unter Berufung auf die Aussage eines schon vernommenen Zeugen ablehnen, wenn der Augenschein gerade zur Entkräftung der Aussage ~~beantwortet~~ ist. Denn jede Zeugenaussage ist wegen der Möglichkeit eines Irrtums oder eines wissentlich falschen Zeugnisses unzuverlässig und kann deshalb stets durch einen gegenbeweislich benannten Zeugen erschüttert werden; der Augenschein ist aber im Verhältnis zum Zeugenbeweis das zuverlässigere Beweismittel, da ihm dessen subjektive Mängel nicht anhaften; wenn schon ein angebotener Zeugenbeweis, also ein gleichwertiges Beweismittel, erhoben werden muß, so hat das umso mehr von der Einnahme eines Augenscheins zu gelten, da er zum Gegenbeweis infolge der größeren Zuverlässigkeit geeigneter ist. Es geht daher nicht an, die Augenscheinseinnahme abzulehnen, weil durch ein schlechteres Beweismittel das Gegenteil bewiesen ist.¹⁾ Eine Einschränkung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit und damit des Verbots der Beweisantizipation ist nur da statthaft, wo dies mit Rücksicht auf die besondere Natur des Augenscheins ohne Gefährdung der Wahrheitsforschung möglich ist;²⁾ so z.B. dann, wenn dem Gericht ein dem Augenschein gleichwertiges Beweismittel zur Verfügung steht wie Abbildungen, Fotografien

-
- 1) So bereits die spätere Judikatur des Reichsgerichts, vgl. RG JW 1930 S.714 Nr. 17; RG JW 1930 S.933 Nr.44; RG JW 1930 S.3417 Nr.31; RG JW 1931 S.1040 Nr.18 mit Anm. von Mannheim; RG JW 1931 S.1608 Nr.66 mit Anm. von Alsberg; RG JW 1932 S.3626 Nr.17; RG JW 1934 S.3064 Nr.14; BGH 8 S.177 ff.; Löwe-Rosenberg Anm.26 Abs.3 zu § 244; Simader S.214; Stützel S.81; Schenk S.106.
- 2) Umgekehrt zur hier vertretenen Auffassung wird im Schrifttum im Anschluß an RG 47 S.100 ff. vielfach angenommen, daß das Verbot der Beweisantizipation für den Antrag auf Einnahme eines Augenscheins außerhalb der Gerichtsstelle grundsätzlich nicht gelte und nur ausnahmsweise einmal in Übereinstimmung mit der neueren Rechtsprechung zu berücksichtigen sei, so Schneidewin, Die Rechtsprechung in Strafsachen in 50 Jahre Reichsgericht am 1. Okt. 1929, Berlin und Leipzig 1929, S.270 ff., S.330; KMR Anm.20 zu § 244; Peters S.247; Eb. Schmidt, Anm.75 u.76 zu § 244 scheint selbst die Ablehnung eines Augenscheins unter Berufung auf eine gegenteilige Zeugenaussage grundsätzlich zuzulassen, wenn er hierbei auch im Hinblick auf die dadurch ermöglichten Fehlerquellen zu größter Vorsicht mahnt.

vom Tatort, dessen Augenscheinseinnahme beantragt war.¹⁾ Die Ablehnung der Ortsbesichtigung in diesen Fällen rechtfertigt sich daraus, daß die Surrogate dieselben Beweisresultate ergeben werden wie die Besichtigung an Ort und Stelle. Die Ersetzung des Augenscheins durch gleichwertige Beweismittel dient der Konzentration.

Für die ohne Schwierigkeit in den Gerichtssaal transportablen Augenscheinobjekte gelten demgegenüber die allgemeinen beweisrechtlichen Grundsätze ohne jede Ausnahme.²⁾

§ 4. Die Ablehnung der Beweiserhebung nach § 245 StPO

Nach § 245 StPO ist das Gericht verpflichtet, die Beweisaufnahme auf alle ordnungsgemäß geladenen und auch erschienenen Zeugen und Sachverständigen sowie auf alle anderen herbeigeschafften Beweismittel zu erstrecken.³⁾ Die Ablehnungsgründe des § 244 StPO gelten hier nicht. In Verbindung mit dem unmittelbaren Ladungsrecht (§ 220 StPO), das durch den Gerichtsvollzieher ausgeübt werden muß (§ 38 StPO),⁴⁾ ist den Parteien damit ein erheblicher Einfluß auf den Umfang der Beweisaufnahme eingeräumt; dies umso mehr, als die Ladung auch noch während der Hauptverhandlung

1) Vgl. hierzu Alsberg-Nüse S.387 u.388 mit der dort angegebenen Rechtsprechung.

2) Vgl. Löwe-Rosenberg Anm.26 Abs.2 zu § 244; Stützel 105; Mannheim in Anm. zu RG JW 1927 S.2707 Nr.29; Alsberg-Nüse S.383; vgl. auch Simader S.212.

3) Die besondere Behandlung präsenter Beweismittel, beseitigt durch Gesetz vom 28.6.1935, ist durch das Vereinheitlichungsgesetz vom 12.9.1950 (BGBl. S.455) wieder eingeführt worden. Vgl. hierzu Dallinger SJZ 1950 S.743.

4) So die hL und Rechtsprechung; vgl. Löwe-Rosenberg Anm. 5 zu § 245; KMR Anm.2 zu § 245; Eb.Schmidt Anm.5 zu § 245; RG 1 S.297; 68 S.403; BGH NJW 1952 S.836 Nr.27; a.A. Alsberg-Nüse S.491; Simader S.70 ff.; Glaser Handbuch I S.401; Bedenken auch bei Ditzgen, Dreierlei Beweis S.20 Anm.1.

Für die Ladung durch amtliche Stellen bedarf es hingegen keinerlei Form: vgl. Eb.Schmidt Anm.5 zu § 245; Alsberg-Nüse S.491, 493; RG 40 S.138 (140); BGH NJW 1952 S.836.

erfolgen kann (§ 245 Satz 2). Es genügt, wenn der Zeuge oder Sachverständige noch vor Schluß der Beweisaufnahme erscheint.¹⁾

Die Zurückweisung eines präsenten Beweismittels ist auch bei Unerheblichkeit und mangelnder Beweisbedürftigkeit nicht gestattet. Die Beweiserhebung kann nur abgelehnt werden, wenn sie unzulässig ist oder wenn sie zu ^{dem} Zwecke der Prozeßverschleppung beantragt wird (§ 245 Satz 1).²⁾ Daneben kann das Gericht, auch ohne daß es hierzu eines Gerichtsbeschlusses bedarf, von einer Beweiserhebung absehen, wenn sich sämtliche Prozeßbeteiligte damit einverstanden erklärt haben (§ 245 Satz 3).³⁾

Der Beweiserhebungszwang hinsichtlich der präsenten Beweismittel gilt somit über § 244 hinausgehend auch dann, wenn die Beweiserhebung zur Erforschung der Wahrheit nicht geboten ist.⁴⁾ Ein solcher Beweiszwang wird vielfach - insbesondere nach Ausarbeitung der Ablehnungsgründe des § 244 - als verfehlt angesehen; die Beweiserhebung führe zu unnützer Ausdehnung der Verhandlungen und zu unnötigem Kostenaufwand. Außerdem bestehe die Gefahr, die Parteien könnten sich den Beweiszwang zunutzemachen, um die Verhandlung durch Vorführung einer unbeschränkten Zeugenanzahl zu sprengen.⁵⁾ Der letztere Einwand wird seit den Motiven damit ausgeräumt, daß die Pflicht zur Kosten-

1) Vgl. Alsberg-Nüse S.494 u.dort Anm.23.

2) Der Ablehnungsgrund der Prozeßverschleppung ist im Rahmen des § 245 von Bedeutung, weil hier objektive Gründe für eine Ablehnung nicht ausreichen.

3) Vgl. im einzelnen Alsberg-Nüse S.513 ff.

4) Es wurde lange Zeit darüber gestritten, ob § 245 unter den Begriff des Beweisantrags gebracht werden kann. Abl. Alsberg-Nüse S.489; Oetker bei Glaser-Oetker Bd.3 S.684 (689); Stützel S.10, Simader S.67 (69) sprechen demgegenüber von einem verstärkten Beweisantrag. Dieser Streit ist jedoch rein theoretischer Natur. Praktisch allein von Bedeutung ist, daß die Beweiserhebungspflicht des Gerichts gegenüber § 244 "verstärkt" ist.

5) So für die ältere Literatur Holtzendorff Bd.2 S.75 ff.; für die neuere Literatur Niethammer in Festschrift für Sauer S.36.

hinterlegung die Parteien davon abhalten werde, Zeugen in unbegrenzter Zahl zu laden; außerdem würden die Parteien in der Hauptverhandlung regelmäßig nach § 245 Satz 3 auf die Vorführung überflüssigen Beweismaterials verzichten, weil sie einen üblen Eindruck auf den Richter mache; dies sei im Interesse der Verteidigung selbst tunlichst zu vermeiden.¹⁾

Weiterhin wird zur Begründung des Beweiserhebungszwangs für präsente Beweismittel angeführt, es lasse sich erst durch den Gebrauch des Beweismittels mit Sicherheit feststellen, ob es für die Strafsache irgendeinen Aufschluß geben könne oder nicht; so werde sich die ganze Wissenschaft eines Zeugen in der Regel nicht im voraus bestimmen lassen. Auch lasse sich so gut wie nie ausschließen, daß Einzelheiten einer Aussage das Bild zugunsten einer Partei beeinflussen könnten.²⁾ Konsequenter durchgeföhrt müßte dieser Gedanke allerdings auch eine Beweisablehnung nach § 244 StPO erschweren.

Der wahre Grund für die Verstärkung der Beweiserhebungspflicht im Falle der Präsenz des Beweismittels ist vielmehr in einem Kompromiß zu suchen. Ist das Beweismittel zur Hauptverhandlung herbeigeschafft, dann bedeutet es keinen allzu großen Zeitverlust, wenn es auch geprüft wird; Ausführungen, die der Sachaufklärung nicht dienlich sind, kann der Vorsitzende im Rahmen seiner Prozeßleitungsbefugnis zurückweisen. Deswegen wollte der Gesetzgeber bei Präsenz des Beweismittels die Rechte der Verteidigung verstärken. Hier sollte der Angeklagte einmal unabhängig gestellt werden von der Auffassung des Gerichts, wenn der Angeklagte und das Gericht die Erheblichkeit einer Beweistatsache verschieden beurteilen. Gegen einen bewußten Mißbrauch dieser starken

1) Vgl. Holtzendorff Bd.2 S.75 ff.

2) Vgl. RG 45 S.138 (143); 65 S.304; Eb.Schmidt Anm.2 zu § 245; Alsbeg-Nüse S.509; vgl. auch die Motive bei Hahn II S.1583.

Stellung schützt der Ablehnungsgrund der Prozeßverschleppungsabsicht. Darüber hinaus wird im Schrifttum eine Ablehnung auch dann für zulässig erklärt, wenn das Beweisthema völlig heterogene Umstände betrifft,¹⁾ nicht schon dann, wenn es bloß unerheblich ist. Diese Unterscheidung der bloß unerheblichen von den völlig heterogenen Tatsachen, die schon für den § 244 abgelehnt wurde, muß auch für den § 245 zurückgewiesen werden.²⁾ Sie ist nicht nur überflüssig, sondern auch schädlich; denn für die Grenzfälle, in denen das Gericht und die Parteien die Erheblichkeit einer Beweistatsache verschieden beurteilen, sollte ja gerade bei Präsenz des Beweismittels die absolute Beweiserhebungspflicht zum Schutze der Partei eingreifen. Wenn das Beweisthema völlig abwegig ist, dann werden die Parteien in der Regel auf die Beweisaufnahme verzichten. Sollten sie dennoch trotz Belehrung durch den Richter an der Erhebung des Beweismittels festhalten, so wird eine Ablehnung wegen der Absicht der Prozeßverschleppung gerechtfertigt sein.

Ist der Zeuge oder Sachverständige zur Hauptverhandlung nicht ordnungsgemäß geladen oder nicht erschienen - darunter zählt auch der Fall, daß der Sachverständige nicht vorbereitet ist³⁾ - dann fällt der Beweiszwang nach § 245 fort. Die Parteien haben auch keinen Anspruch auf Vertagung zwecks neuerlicher Ladung und Vorführung der Auskunftsperson. In diesem Falle bleibt der Prozeßpartei nichts anderes übrig, als einen Beweisantrag nach § 244 zu stellen mit der Folge der erweiterten Ablehnungsmöglichkeit durch das Gericht.

Die Nichtbenutzung herbeigeschaffter Beweismittel stellt einen die Revision begründenden Prozeßrechtsverstoß dar.⁴⁾

1) Vgl. Eb.Schmidt Anm. 2 zu § 245; Alsberg-Nüse S.509; RG 45 S.138 (141)

2) Vgl. Graf zu Dohna, Probleme der Strafrechtserneuerung S.321 ff.

3) Vgl. BGH 6 S.289 (291); Eb.Schmidt Anm.9 zu § 245; Alsberg-Nüse S.498, 499.

4) Vgl. Eb.Schmidt Anm.17 zu § 244; Alsberg-Nüse S.517.

§ 5. Der Umfang der Beweisaufnahme im Berufungsverfahren

§ 245 und § 244 gelten auch für die Berufungsverhandlung. Die besondere Vorschrift des § 325 StPO betrifft nicht den Umfang, sondern lediglich die Form der Beweisaufnahme; sie schränkt hinsichtlich der bereits in erster Instanz vernommenen Zeugen und Sachverständigen, soweit es sich um dieselben Beweisthemen handelt, den Grundsatz der Unmittelbarkeit ein.¹⁾ Danach dürfen die in der Hauptverhandlung erster Instanz protokollierten Aussagen nicht nur in den Fällen der §§ 251 und 253 StPO sowie bei Zustimmung der Prozeßbeteiligten verlesen werden, sondern immer schon dann, wenn die Zeugen und Sachverständigen zur Berufungsverhandlung nicht geladen sind und der Angeklagte ihre Vorladung auch nicht rechtzeitig beantragt hat. Der Angeklagte hat es somit in der Hand, durch Ladung der in erster Instanz gehörten Zeugen und Sachverständigen (§§ 220, 38 StPO) oder durch den rechtzeitig vor der Hauptverhandlung gestellten Antrag auf Ladung der Zeugen die Verlesbarkeit der früheren Aussagen zu verhindern. Es genügt die bloße Ladung; die Verlesung ist auch dann ausgeschlossen, wenn der Vorgeladene nicht erschienen ist.²⁾ Hat der Vorsitzende einen Antrag des Angeklagten auf Vorladung abgelehnt, so ist die Verlesung der früheren Aussage ohne die Zustimmung der Prozeßbeteiligten nicht zulässig.³⁾ Will der Vorsitzende die Aussage später dennoch verwerten, so muß er den Zeugen erneut vernehmen.

1) Vgl. Eb.Schmidt I Nr. 372 u.II Anm.1 zu § 325; KMR Anm.1 und 2c zu § 325; Löwe-Rosenberg Anm.1 zu § 325; v.Hippel S.575 ff (577); Alsberg-Nüse S.419 u.424. Mitunter wird fälschlich auch eine Einschränkung des Mündlichkeitsprinzips angenommen, so z.B. Löwe-Rosenberg u.KMR; vgl. hierzu Eb.Schmidt I Nr. 372.

2) Vgl. Eb.Schmidt Anm.8 zu § 325; Löwe-Rosenberg Anm. 3b zu § 325; KMR Anm.2b aa (1) zu § 325; Alsberg-Nüse S.421.

3) Vgl. Alsberg-Nüse S.423; Eb.Schmidt Anm.10 zu § 325.

Sind die Voraussetzungen der Verlesbarkeit nach § 325 StPO eingetreten, so kann der Angeklagte gleichwohl die persönliche Vernehmung des Zeugen beantragen. Ob die Aussage überhaupt zur Wahrheitsfindung erforderlich ist, entscheidet sich hierbei wie gewöhnlich nach § 244 StPO. Wie die Aussage in den Prozeß einzuführen ist, ob durch erneute persönliche Vernehmung oder durch Verlesung der früheren Aussage, bestimmt das Gericht nach seinem Ermessen. Ob das Berufungsgericht von dem Ermessen einen richtigen Gebrauch gemacht hat, unterliegt der Nachprüfung des Revisionsgerichts.¹⁾

§ 325 StPO schränkt daher den § 244 StPO nur insoweit ein, als der Angeklagte die nochmalige persönliche Vernehmung der in erster Instanz gehörten Zeugen und Sachverständigen, wenn er erst in der Hauptverhandlung darauf anträgt, nicht mehr durchzusetzen vermag, sondern sich unter Umständen mit der Verlesung ihrer früheren Aussagen zufrieden geben muß.

§ 6. Das Verfahren bei der Ablehnung von Beweisanträgen

I. Form und Zeitpunkt der Ablehnung:

Ein Beweisantrag kann nur durch Gerichtsbeschluß abgelehnt²⁾ werden. Der Gerichtsbeschluß ist mündlich zu verkünden und in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen (§§ 35, 273 Abs.1). Auch die Ablehnung der Beweiserhebung nach § 245 bedarf, wenn sie ohne die Zustimmung der Prozeßbeteiligten erfolgt, eines Gerichtsbeschlusses.

1) Vgl. Alsberg-Nüse S.428, 429; KMR Anm.2c zu § 325; RG 57 S.322 (323); RG JW 1930 S.1971 Nr.30 mit Anm. von Alsberg.

2) Im Gegensatz hierzu kann der Vorsitzende auf Grund seiner Sachleitungsbefugnis einem Beweisantrag stattgeben (§ 238 Abs.1 StPO). Es bedarf eines Gerichtsbeschlusses nur dann, wenn ein Prozeßbeteiligter der Erhebung des Beweises widerspricht und deshalb gegen die stattgebende Verfügung beim Gericht appelliert (§ 238 Abs. 2), oder wenn die Herbeischaffung des Beweismittels die Aussetzung der Hauptverhandlung erforderlich macht (§ 228 Abs.1). Ursprünglich stellte hingegen die StPO auch die Anordnung eines Beweises in die Zuständigkeit des Gerichts und nicht in die des Vorsitzenden (§ 243 Abs.3 StPO a.F.). Diese Vorschrift war als Reaktion gedacht gegen den "pouvoir discrétionnaire", den das Landesrecht vielfach vom franz.Recht übernommen hatte.

Damit es dem Prozeßbeteiligten ermöglicht wird, zu der durch die Ablehnung seines Antrages veränderten Sachlage in Ausführungen Stellung zu nehmen und gegebenenfalls den Standpunkt des Gerichts mit neuen Anträgen zu bekämpfen, darf der Beschluß nicht erst mit dem Urteil verkündet werden; er ist vielmehr schon vorher in der Hauptverhandlung bekanntzugeben. Der Gerichtsbeschluß kann ausnahmsweise mit der Urteilsverkündung verbunden werden, wenn der Prozeßbeteiligte durch die Verknüpfung des Beweisantrags mit dem Schlußantrag zu erkennen gegeben hat, daß ihm an einer besonderen Bescheidung des Beweisantrags im Ablehnungsfalle nichts gelegen ist. (sog. Eventualbeweisantrag).¹⁾

II. Die Begründung der Ablehnung

Der Ablehnungsbeschluß ist nach § 34 StPO mit Gründen zu versehen. Die Gründe müssen erkennen lassen, ob der Antrag aus rechtlichen oder tatsächlichen Erwägungen abgelehnt ist.²⁾ Die bloße Wiederholung des Gesetzeswortlauts genügt nicht.³⁾ Das Gericht muß vielmehr im einzelnen angeben, worauf es den gesetzlichen Ablehnungsgrund stützen will.⁴⁾ Es muß den Beweisantrag nach seinem Sinn und seiner Bedeutung erschöpfen und das gesamte Vorbringen des Antragstellers sowie den Inhalt der Verhandlung berücksichtigen.

1) RG 3 S.222 (224); 29 S.438 (439); 55 S.109; 65 S.351; BGH bei Dallinger MDR 1951 S.275; Eb.Schmidt Vorbem. 29 zu § 244; Alsberg-Nüse S.41 ff. u.S. 406, 407; Mannheim zu RG JW 1927 S. 3062 Nr.9.

2) Vgl. Alsberg-Nüse, 404; KMR Anm. 8b (I) zu § 244.

3) BGH NJW 1951 S.368 Nr.24. Eine Begründung, die den Beweisantrag einfach als unerheblich oder ungeeignet bezeichnet, ist daher unzureichend: vgl. RG JW 1924 S. 1251 Ziff.6, 1923 S.688 Ziff.2; 1925 S.1539 Ziff.1.

4) BGH 2 S.284 (286); BGH NJW 1953 S. 35 (36).

Durch diese strengen Anforderungen an den Gerichtsbeschuß wird eine wirksame Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der Beweisablehnung durch das Revisionsgericht gewährleistet. Auch soll es dem Angeklagten dadurch ermöglicht werden, seine weitere Verteidigung sachgemäß einzurichten. Ein unvollständiger Gerichtsbeschuß darf daher auch nicht erst durch die Urteilsbegründung ergänzt, fehlerhafte oder im Laufe der Hauptverhandlung hinfällig gewordene Gründe dürfen nicht erst im Urteil durch andere Gründe ersetzt werden.¹⁾

III. Die Zulässigkeit des Widerrufs einer angeordneten Beweiserhebung

Die Anordnung einer beantragten Beweiserhebung kann widerrufen werden, wenn sich nachträglich Gründe für eine Ablehnung des Beweisantrags herausstellen. Der Widerruf hat durch Gerichtsbeschuß zu erfolgen (§ 244 Abs.6, § 34 StPO). Keinesfalls ist es zulässig, die Beweisanordnung einfach nicht zu vollziehen, denn der Antragsteller muß darauf vertrauen können, daß der angeordnete Beweis auch erhoben wird. Von einer ausdrücklichen Aufhebung des früheren Gerichtsbeschlusses kann nur dann abgesehen werden, wenn die Prozeßbeteiligten auf die Erhebung des Beweises verzichtet haben. Ein solcher Verzicht ist jedoch noch nicht darin zu erblicken, daß der Antragsteller es bei Ausbleiben des geladenen Zeugen unterläßt, darauf hinzuweisen, er bestehe auf der Vernehmung des Zeugen.²⁾

Ebenso kann ein ablehnender Gerichtsbeschuß im Laufe des Verfahrens abgeändert oder überhaupt aufgehoben werden, wenn sich im weiteren Verlauf der Beweisaufnahme die Notwendigkeit der Beweiserhebung herausstellt.³⁾

1) BGH NJW 1951 S.368 Nr.24; BGH bei Dallinger MDR 1951 S.275; BGH NJW 1952 S.1387; vgl. z. Ganzen Alsberg-Nüse S.404 ff.; Eb.Schmidt Anm.26 bis 28 zu § 244.

2) RG 57 S.165 (166); vgl. auch RG JW 1931 S.1610 Nr.68 mit zust.Anm. von Bohne.

3) Vgl. Alsberg-Nüse S.414 ff.; Eb.Schmidt Anm.30 zu § 244; KMR Anm.8c, 8b (II) zu § 244.

§ 7. Die Rechtsmittel gegen die Ablehnung von Beweisanträgen

Die Rechte des Antragstellers können

1. dadurch verletzt sein, daß der Beweisantrag keine prozeßordnungsge-
mäßige Erledigung erfahren hat, wenn er also
überhaupt nicht verbeschieden,
erst im Urteil abgelehnt oder
die Ablehnung nicht oder nicht ausreichend
begründet ist;
2. dadurch, daß der Grund, auf den die Ablehnung sich stützt, den Rechts-
grundsätzen des § 244 nicht entspricht.

In beiden Fällen kann die Verletzung nur durch Anfechtung des Urteils gerügt werden (§ 305 StPO). Es sind daher die Rechtsmittel der Berufung und der Revision gegeben.

Legt der Antragsteller Berufung ein, so hat das Berufungsgericht den Beweis-
antrag erneut nach den Rechtsgrundsätzen des § 244 StPO zu prüfen und die Be-
weisaufnahme entweder anzuordnen oder einen entsprechenden Ablehnungsbeschluß
zu erlassen.

Die Revision kann entweder darauf gestützt werden, daß eine den Beweisantrag be-
treffende Verfahrensnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist
(§§ 337 i.V.m. 244 Abs.3 bis 6; 245, 34 StPO) oder darauf, daß durch den Be-
schluß des Gerichts die Verteidigung in einem für die Entscheidung wesentlichen
Punkt unzulässig beschränkt worden ist (§ 338 Ziff.8 StPO). Die Nachprüfung des
Revisionsgerichts erstreckt sich sowohl auf die ordnungsgemäße Erledigung des
Beweisantrags als auch darauf, ob der Grund, auf die die Ablehnung des Be-
weisantrags gestützt worden ist, die Entscheidung zu tragen vermag.¹⁾

1) Vgl. im einzelnen hierzu Alsberg-Nüse S. 433 ff.

Zweites Kapitel

Die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme im französischen Recht

§ 1. Der Umfang der Beweisaufnahme und die Prozeßreform

Der Code de Procédure Pénale¹⁾ hat - abgesehen von der Neuregelung des Sachverständigenbeweises - auf dem Gebiete des Beweisrechts und des Beweisverfahrens vor den erkennenden Gerichten (juridictions de jugement) keine nennenswerten Neuerungen gebracht. Der teilweise abweichende Gesetzesaufbau und die textlichen Änderungen erschöpfen sich in der Regel in einer Klarstellung und Systematisierung der alten Bestimmungen des Code d'Instruction Criminelle,²⁾ oder sie legalisieren die oft schon jahrhundertealten Regeln, die die Rechtsprechung ausgearbeitet hat.³⁾ Man kann die Gesetzgebung auf dem Gebiete des Beweisrechts im Gegenteil eher als konservativ bezeichnen, da sie entgegen allen geäußerten Bedenken an Einrichtungen wie

der Beweiskraft polizeilicher Protokolle im Beweisverfahren

vor dem tribunal de police und dem tribunal correctionnel,

dem pouvoir discrétionnaire des Präsidenten der cour

d'assises im Schwurgerichtsverfahren und der damit im

Zusammenhang stehenden

Unterscheidung der Zeugen in "echte" und solche, die nur in-

formatorisch (à titre de simple renseignement) vernommen werden,

festgehalten hat.

I. So hat insbesondere auch auf dem Gebiet des Beweisantragsrechts die neuartige, im C.I.C. nicht anzutreffende Bestimmung der Art. 315 und 459 C.P.P.,

1) Loi du 31 déc. 1957; Ordonnance Nr. 58-1926 du 23 déc. 1958; die ohne Angabe des Gesetzes zitierten Art. sind solche dieses Code.

2) Im folgenden abgekürzt: C.I.C.

3) Vitu in "Le nouveau Code de Procédure Pénale", Sirey S. 97 ff.; Vouin-Léauté, Droit pénal et procédure pén., S. 152; Stéfani-Levasseur, Suppl. Nr. 9 u. 10; Salingardes in J.-Cl., Art. 406 à 417 Nr. 10.

die erstmals den Parteien und ihren Anwälten ein allgemeines förmliches Antragsrecht zuerkennt, in Wahrheit keine Änderung des bisherigen Rechtszustands gebracht; durch die Neuaufnahme dieser Bestimmung wurden vielmehr lediglich die von der Rechtsprechung zu den Art. 408 und 413 C.I.C. entwickelten Grundsätze legalisiert; danach mußte der Richter schon bisher einen ordnungsgemäß gestellten Antrag verbescheiden; er durfte ihn jedenfalls nicht einfach übergehen.¹⁾ Daraus erklärt sich auch die auf den ersten Blick in Erstaunen setzende Tatsache, daß das Schrifttum zum C.P.P. die beiden neuen Art. 315 und 459 vielfach übergeht oder sie nur streift, ihnen jedenfalls keine besondere Beachtung schenkt. Es handelt sich hier eben um keine Reformen, sondern um althergebrachte, in der Praxis bewährte Regeln, die man nun im Gesetz verankert hat.

Nur der Sachverständigenbeweis ist neu geregelt worden; dies vor allem deshalb, weil eine diesbezügliche Regelung im C.I.C. fehlte und den Richtern auf diesem Gebiet beinahe völlige Freiheit gelassen war.²⁾ Die Reformen erstrecken sich jedoch im wesentlichen auf die Fragen der Bestellung und Auswahl des Sachverständigen und auf die Abwicklung des Beweisverfahrens, weniger auf die Frage, ob und in welchen Fällen ein Sachverständiger zuzuziehen ist. Lediglich für den Prozeßabschnitt der Voruntersuchung (instruction préparatoire) ist in dieser Hinsicht eine bemerkenswerte Neuerung festzustellen, die die Rechtsposition des Angeschuldigten verstärkt. Nach Art 156 Abs. 2 darf nämlich der Untersuchungsrichter³⁾ einen Antrag auf Zuziehung eines Sachverständigen nur mit einer

1) Vgl. Rép. Crim., Cassation, Nr. 336: "...lorsque le juge est saisi de réquisitions ou de conclusions tendant à la production d'un moyen de preuve légal, il est tenu de statuer sur elles, autrement il y aurait omission ou refus de statuer.", und im Anschluß daran Nr. 337: "L'omission ou le refus de statuer constitue aussi un des moyens les plus fréquents de cassation."

2) Léauté, Garde à vue, expertise, action civile S. 40 ff.

3) Der Abs. 2 des Art. 156 gilt nur für den Untersuchungsrichter. Für die Hauptverhandlung werden jedoch durch die Art. 315, 570 (Schwurgericht) u. Art. 459, 507 (Korrektionalverfahren) analoge Ergebnisse erzielt.

begründeten Entscheidung (ordonnance motivée) ablehnen, die innerhalb dreier Tage seit Zustellung mit der Berufung (appel) anfechtbar ist (Art.186 Abs.3,183). Über die Berufung entscheidet die "chambre d'accusation" (art.185, 187, 191 ff. C.P.P.). In gleicher Weise darf der Untersuchungsrichter einen Antrag, der auf ein "examen médical" oder ein "examen médicopsychologique" gerichtet ist, nur mit einer "ordonnance motivée" zurückweisen (Art.81, letzter Absatz). Im Gegensatz zum eigentlichen Sachverständigenbeweis Antrag sind jedoch die nach Art. 81 letzter Absatz C.P.P. geforderten Maßnahmen nicht mit der Berufung anfechtbar.¹⁾

Das Erfordernis eines begründeten, im Falle der Art. 156 und 167 sogar mit der Berufung anfechtbaren Ablehnungsbeschlusses²⁾ ist um so bemerkenswerter, als im Übrigen die bisherige inquisitorische Regelung aufrechterhalten blieb, nach der der Untersuchungsrichter souverän den Umfang der Beweisaufnahme bestimmt.³⁾ Außerhalb des Sachverständigenbeweises und der im Art.81 letzter Absatz genannten Maßnahmen haben der Angeklagte und die Zivilpartei lediglich die Möglichkeit,

1) Vgl. J.Cl.Art.185 à 187 rosa Ergänzungsblatt Nr.8 ff. Die Begründung geht dahin, daß die Aufzählung der von den Parteien anfechtbaren Beschlüsse des Untersuchungsrichters in Art.186. C.P.P. erschöpfend sei; auch aus D.23, der die Durchführung der in Art.81 letzter Abs. enthaltenen Maßnahmen den Formbedingungen der "expertise judiciaire" unterwirft, könne nichts Gegenteiliges gefolgert werden, da aus einem Dekret zur Anwendung des Gesetzes keine dem Gesetz widersprechenden Folgerungen gezogen werden könnten; so jetzt auch Cass. vom 29.4.1960, B.Nr.221.A.A. anscheinend Vouin-Léauté S.255; er rechnet die Maßnahmen des Art.81 letzter Abs. zu den Sachverständigen-gutachten.

2) Hierdurch wurde der alte Art. 135 C.I.C. zugunsten des Angeklagten abgeändert.

3) Cass.20.10.1960, B.Nr.465; Cass.v.1.12.1960, B.Nr.566; Cass.v.29.4.1960, B.223.

den Untersuchungsrichter zur Aufnahme der von ihnen gewünschten Beweise anzuregen. Der Untersuchungsrichter kann diese Anregung einfach übergehen.¹⁾

Im Gegensatz hierzu hat die Staatsanwaltschaft das Recht, während der Voruntersuchung Beweisanträge zu stellen, die nur mit einem begründeten Gerichtsbeschuß abgelehnt werden können (Art.82). Sie hat darüber hinaus das Recht, alle während der Voruntersuchung ergangenen Beschlüsse - mithin auch die beweisablehnenden Beschlüsse - mit der Berufung anzufechten (Art.185). Während der Voruntersuchung gibt es daher keine Waffengleichheit.

Die Pflicht des Untersuchungsrichters, im Falle der Ablehnung eines Sachverständigenbeweisantrags eine begründete Entscheidung zu erlassen, die zudem noch mit der Berufung anfechtbar ist, bedeutet jedoch nicht, daß der Richter an die Anträge der Parteien in irgendeiner Form gebunden wäre. Es steht vielmehr nach wie vor in seinem freien Ermessen, ob er den Anträgen stattgeben will oder nicht, mag es sich dabei um einen Antrag der Staatsanwaltschaft oder der übrigen Parteien handeln. Der Untersuchungsrichter befindet sich in völliger Unabhängigkeit über die Zweckmäßigkeit des beantragten Gutachtens.²⁾

1) Vgl. Stéfani-Levasseur S.264 Nr.291, S.279; Garraud, Traité Bd II Nr.381 S.25 ff.; A.A. Hélie, 1960 S.71 ff. Er legt dem Richter die Pflicht zur Verbescheidung zumindest dann auf, wenn die Beweisanregung in der Form einer "conclusion" vorgetragen ist. Jedoch haben die Parteien auch dann keine Möglichkeit, sich gegen die Beweisablehnung in irgendeiner Form zur Wehr zu setzen, falls ein Ablehnungsbeschuß ergangen sein sollte. Die vom Angeschuldigten und der Zivilpartei während der Voruntersuchung anfechtbaren Gerichtsbeschlüsse sind in Art.186 C.P.P. erschöpfend aufgezählt. Die einen Beweisantrag ablehnenden Beschlüsse fallen - von Art.156 und 167 abgesehen - nicht darunter.

2) Vgl. J.-Cl. Art. 156 à 169 Nr. 11, 12, 62, 63;
Besson, Code annoté, Anm. 1 zu Art. 156;
Vouin-Léauté S.231.

Da die Entscheidung über den Antrag nicht nach Rechtsgrundsätzen erfolgt, wird mit der Berufung gegen die Ablehnung nur erreicht, daß ein höheres Gericht noch einmal die Zweckmäßigkeit prüft und nun nach seiner Ansicht entscheidet. Im übrigen wird angenommen, daß die Notwendigkeit, die für die Ablehnung maßgebenden Gründe anzugeben, an sich schon eine Garantie darstelle.¹⁾

Der Antragsteller ist in jedem Falle berechtigt, seine Anträge in der für ihn mit größeren Garantien ausgestatteten Hauptverhandlung zu wiederholen.

II. Wie einerseits die neueingeführten Bestimmungen der Artikel 315 und 459 im wesentlichen nur die bisherige Praxis sanktioniert haben, so ist andererseits auch durch den Fortfall der in den Art. 153, 154, 190 C.I.C. enthaltenen Vorschriften über die Zulassung von Beweismitteln im Korrektionalverfahren keine Änderung eingetreten. Die zu diesen Artikeln entwickelte Rechtsprechung und Praxis wird vielmehr als weiterhin verbindlich angesehen.²⁾ Die geringfügigen Änderungen können hierbei klarer und anschaulicher im laufenden Text angemerkt werden.

III. Da mithin die Prozeßreform auf dem Gebiete der Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme den bisherigen Rechtszustand praktisch nicht geändert hat, können zum Studium der Frage die alte Literatur und Rechtsprechung herangezogen werden. Es gibt jedoch zu diesem Thema nur sehr wenig Literatur; an Monographien fehlt es völlig. Die vorliegende Bearbeitung stützt sich daher im wesentlichen auf die Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofs, der sich in zahllosen Entscheidungen mit dieser Frage beschäftigt hat; denn die ungerechtfertigte Beweisablehnung ist eine der am häufigsten benutzten Kassationsbegründungen.³⁾

1) Vgl. J.-Cl.Art.185 à 187, Ergänzungsblatt Nr. 8 ff.; Ortolan S.25; insbes.auch hinsichtlich des Art.81 Abs.6, da hier trotz Begründungszwangs die Berufungsmöglichkeit ausgeschlossen ist.

2) Vgl. J.-Cl.Art.406 à 417 Nr.10; 427 à 457 Fasc.II.Nr.66.

3) Vgl. Rép.Crim., Cassation Nr. 337.

IV. Der C.P.P. geht wie der C.I.C. von der Einteilung der Straftaten in Übertretungen (contraventions), Vergehen (délits) und Verbrechen (crimes) aus und weist jede dieser Tatbestandsgruppen in erster Instanz einem besonderen Gericht zu: Die Übertretungen dem tribunal de police ¹⁾ (Art. 521 C.P.P.), die Vergehen dem tribunal correctionnel (Art. 381 C.P.P.), ²⁾ die Verbrechen schließlich der cour d'assises (Art. 231 C.P.P.). ³⁾ Diesen drei Gerichtstypen entspricht ein jeweils besonderes Gerichtsverfahren. Die Verfahren vor dem tribunal de police und dem tribunal correctionnel gleichen sich jedoch in einem Maße, daß sie zusammen behandelt werden können. Auf die geringfügigen Abweichungen wird an entsprechender Stelle eingegangen. ⁴⁾

In ganz anderen Formen verläuft hingegen der Prozeß vor dem Schwurgericht, so vor allem auch, was das Beweisverfahren anlangt. Es empfahl sich daher, den Beweisantrag vor der cour d'assises weitgehend gesondert zu behandeln.

1) Einzelrichter.

2) Kollegialgericht, bestehend aus drei Berufsrichtern.

3) Schwurgericht, bestehend aus drei Berufsrichtern und neun Geschworenen, Art. 240, 244, 248, 296.

4) Diese fast völlige Übereinstimmung bestand schon unter der Herrschaft des C.I.C., nur daß früher der Prozeß vor dem tribunal de police ausführlich geregelt war und für das Verfahren vor dem trib. corr. auf diese Regeln verwiesen wurde, während dies heute umgekehrt ist (vgl. Art. 535, 536 C.P.P., Art. 315, 459 für die übrigen Parteien).

§ 2. Die Grundlagen des Beweisantragsrechts (Art.315, 313, 458, 459 C.P.P.)

I. Begriff und Wesen des Antragsrechts

Anders als im deutschen Recht gibt es im französischen Strafprozeß kein besonderes Beweisantragsrecht, sondern nur ein allgemeines Antragsrecht.¹⁾ Im Gegensatz zu bloßen Hinweisen, Stellungnahmen, Anregungen (*indication, suggestion, provocation*) handelt es sich hier um ein förmliches Antragsrecht, auf das der Richter erwidern muß, wenn es ordnungsgemäß vorgebracht ist. Die förmlichen Anträge der Parteien werden mit "*conclusions*" bezeichnet, die der Staatsanwaltschaft mit "*réquisitions*". Für den Inhalt der "*réquisitions*" und "*conclusions*" ist ein weiter Spielraum gegeben. Sie können nahezu alle Fragen umfassen, die während eines Prozesses auftauchen. Sie können sich sowohl auf eine Rechtsfrage beziehen, die erst mit dem Endurteil verbeschieden werden soll (*question sur le fond*),²⁾ als auch auf Fragen, die schon vor Erlaß des Endurteils gelöst werden müssen (*questions distinctes du fond*). Diese letzteren Fragen, durch die ein vom Gericht förmlich zu entscheidender Zwischenstreit (*incident d'audience*) hervorgerufen wird, bilden den Hauptgegenstand der "*conclusions*" oder "*réquisitions*".³⁾ Zu ihnen zählt der Beweisantrag.⁴⁾

Ähnlich wie mit dem Beweisantrag des deutschen Rechts wird mit der "*conclusion*" vom Richter eine Entscheidung verlangt über eine bestimmte Frage, die im einzelnen näher substantiiert werden muß.⁵⁾ Welche Anforderungen in dieser Hinsicht an einen Beweisantrag (*conclusion tendant à la production d'un moyen de preuve*) gestellt werden, ist nirgends deutlich gesagt. Im allgemeinen dürfte

1) Art. 313, 458 für den Staatsanwalt, Art.315, 459 für die übrigen Parteien.

2) So z.B., wenn es sich um eine schwierige Rechtsfrage handelt und die Verteidigung eine besonders sorgfältige Prüfung wünscht.

3) Vgl. J.-Cl.Art. 458 à 461 Nr.4, 12 ff.

4) Vgl. J.-Cl.Art. 458 à 461 Nr.7.

5) Vgl. J.-Cl.a.a.O. Nr.11, Nr.15; Rép.Crim., Cass.Nr.340

wie im deutschen Recht verlangt werden, daß das Beweisthema unter gleichzeitiger Angabe des Beweismittels bezeichnet wird.

Im Gegensatz zum deutschen Recht kann jedoch in der Form einer "conclusion" auch ganz allgemein eine Ergänzung der Beweisaufnahme (supplément d'information)¹⁾ begehrt werden, die im wesentlichen außerhalb der Hauptverhandlung durchgeführt wird. Die Ergebnisse müssen später zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht werden.²⁾ Auch ein solcher Antrag zieht die Entscheidungspflicht des Gerichts in den vorgeschriebenen Formen nach sich, obwohl ein solcher Antrag nicht im einzelnen substantiiert zu sein braucht.³⁾ Die sog. Beweisermittlungsanträge des deutschen Rechts würden unter die letzte Gruppe fallen. Der Begriff der "conclusion" des französischen Rechts ist mithin weiter gefaßt als der deutsche Begriff des Beweisantrags. Ein Antrag, den wir als Beweisermittlungsantrag bezeichnen würden, ist daher nach französischem Recht ebenfalls förmlich zu verbescheiden, wenn er in den Formen einer "conclusion" vorgetragen ist.

II. Die Berechtigung zur Stellung von Beweisanträgen

Berechtigt zur Stellung von Beweisanträgen ist in erster Linie der Staatsanwalt (Art. 313, 458 C.P.P.). Der C.P.P. unterscheidet stets deutlich zwischen dem

1) Für dieses Institut findet sich im deutschen Recht nur in § 202 Abs.1 StPO für den Prozeßabschnitt der Voruntersuchung eine Parallele.

2) Vgl. Rép.Crim. Instruction à l'audience Nr.221; Boyer, S.63.

3) Ein Unterschied zum engeren Beweisantrag, mit dem eine einzelne Beweisaufnahme (une mesure d'instruction) verlangt wird, ergibt sich allerdings für den Inhalt der zu treffenden Entscheidung. Das Gericht ist gegenüber dem Antrag auf ein "supplément d'information" freier gestellt.

Staatsanwalt einerseits und den übrigen Prozeßbeteiligten andererseits. Sein Antragsrecht ist nicht nur in gesonderten Artikeln des Gesetzes, sondern auch den Voraussetzungen nach zum Teil abweichend geregelt. Dies bedeutet jedoch nicht, daß das Gericht an seine Anträge in stärkerem Maße gebunden wäre als an die Anträge der übrigen Parteien. Das Gericht verbescheidet vielmehr die Anträge der Staatsanwaltschaft wie die der anderen Parteien in der gleichen Weise.

Zur Stellung von Beweisanträgen sind weiter berechtigt der Angeklagte,¹⁾ die "partie civile" und der "civilement responsable". Daneben verfügen die Anwälte der verschiedenen Parteien über ein selbständiges Antragsrecht. Dieses Recht war ihnen schon früher zuerkannt worden. Nun hat man es ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen (Art. 315, Art. 459 Abs. 1)²⁾

III. Form und Zeitpunkt der Stellung von Beweisanträgen

Unter der Herrschaft des C.I.C. unterschied man nicht stets zwischen "réquisitions" und conclusions", sondern bezeichnete mit den letzteren auch die Anträge des Staatsanwalts. Man ließ die "conclusions" in jeder Form zu, also auch dann, wenn sie lediglich mündlich vorgebracht wurden; denn es gab für sie keinerlei Formvorschriften.³⁾ Der Richter war also, wie es im Schrifttum übereinstimmend bestätigt wird, gehalten, nicht nur über die Hauptsache, sondern auch über Zwischenfragen - darunter Anträge auf Beweiserhebungen - zu entscheiden, falls von den Parteien eine solche Entscheidung ausdrücklich, sei es auch nur mündlich, begehrt worden war.⁴⁾

1) Vor dem trib. corr. u. dem trib. de police "prévenu" genannt, vor der cour d'assises "accusé", - während der Voruntersuchung hingegen lautet die offizielle Bezeichnung "inculpé".

2) Vgl. Stéfami-Levasseur, Suppl. S. 244, 245 Nr. 265.

3) Vgl. Cass. v. 7.4.1927, D.P. 1928.1.52. Die "conclusions" waren im Gesetz überhaupt nicht geregelt.

4) Vgl. J.-Cl. Art. 458 à 461 Nr. 17; Cass. v. 7.4.1927, D.P. 1928.1.52.

Um jedoch jegliche Beweisschwierigkeiten - sowohl für die Tatsache der Antragstellung als auch über die Auslegung der Anträge - zu vermeiden, verlangte die Rechtsprechung Schriftlichkeit der Anträge. Außerdem mußten sie datiert, von der Partei oder ihrem Anwalt unterzeichnet, zu den Akten genommen, vom Präsidenten gegengezeichnet und im Endurteil erwähnt sein. Nur wenn alle diese Voraussetzungen vorlagen, war der Richter tatsächlich verpflichtet, den Antrag mit Gründen zu verbescheiden, widrigenfalls der betreffenden Partei ein Kassationsmittel an die Hand gegeben war.¹⁾

Der C.P.P. hat diese Rechtsprechung im wesentlichen legalisiert, indem er nun ausdrücklich die Schriftlichkeit der Anträge vorschreibt.²⁾ Die Anträge werden sodann im Sitzungsprotokoll vermerkt (Art. 458 Abs.2, 459 Abs.2). Die Anträge der Parteien - nicht diejenigen der Staatsanwaltschaft - bedürfen zusätzlich noch der Gegenzeichnung des Vorsitzenden und des Protokollführers (Art.459 Abs.2).³⁾ Nur die nach Art. 459 und 315 ordnungsgemäß gestellten Beweisankträge haben die Pflicht des Gerichts zur Folge, eine mit Gründen versehene Entscheidung zu erlassen. Der Richter kann zwar auch einen fehlerhaften Beweisanktrag verbescheiden; er ist hierzu jedoch nicht verpflichtet.

1) Vgl. J.-Cl.a.a.O.Nr.18 und die umfangreichen Rechtsprechungsnachweise im J.-Cl. Instr.Crim.Art.194 à 198 Nr.16 u.17.

2) Vgl. Art. 458 Abs.2 für die Anträge der Staatsanwaltschaft: "réquisitions écrites"; für die Anträge der übrigen Parteien wird dasselbe aus dem Wort "déposer" des Art.459 entnommen sowie daraus, daß der Präsident und der Urkundsbeamte gegengezeichnen müssen.

3) Die Formerfordernisse sind mithin nach dem C.P.P. weniger zahlreich als nach der alten Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofs.

Das Absehen von einer Entscheidung in diesem Fall zieht keinerlei Sanktionen nach sich. Ein hiergegen eingelegtes Rechtsmittel bliebe ohne Erfolg.

In den Verhandlungen vor dem tribunal correctionnel und dem tribunal de police, in denen es keinen förmlichen Verhandlungsschluß gibt, sind Beweisanträge noch bis zur Urteilsverkündung möglich. Ein noch vor diesem Zeitpunkt gestellter Antrag wird daher zu Unrecht als verspätet zurückgewiesen.¹⁾

Im Schwurgerichtsprozeß hingegen wird vor Verlesung der "Fragen" (questions) und anschließender Beratung die Verhandlung förmlich für geschlossen erklärt (Art.347 Abs.1). Beweisanträge können daher nur bis zu diesem Zeitpunkt gestellt werden. Die Verhandlung kann zwar durch den Vorsitzenden wiedereröffnet werden. Die Wiedereröffnung steht jedoch in seinem freien Ermessen.²⁾

IV. Das unmittelbare Ladungsrecht der Parteien

1. Im Gegensatz zur Voruntersuchung, die wie in Deutschland im wesentlichen ihren inquisitorischen Charakter bewahrt hat, wird in der Hauptverhandlung der Beweis in der Regel von den Parteien erbracht.³⁾ Die Parteien verfügen zu diesem Zweck über ein unmittelbares Ladungsrecht. Für die Verhandlung vor der cour d'assises ist ihnen dieses Recht in Art.281 C.P.P. ausdrücklich zuerkannt.⁴⁾ Für die Verhandlung vor dem tribunal correctionnel und dem tribunal de police ist dies nicht ausdrücklich im Gesetz gesagt; die Artikel 435 und 550 ff., Art.444 setzen

1) Cass.v.27.6.1929, D.H. 1929.447; v.14.6.1951, D.1951
Somm.80; weitere Nachweise der Rechtsprechung im Rép.Crim.Instr.
à l'audience Nr.87; Nr.256, 257; Vouin-Léauté S.280.

2) Vgl. Stéfani-Levasseur S.658 Nr.789 und ebenso die in vorgängiger
Anmerkung zitierten Entscheidungen.

3) Vgl. J.-Cl.Art.458 à 461 Nr.1; Stéfani-Levasseur S.261 ff.

4) Vgl. auch C.474.

jedoch ein Ladungsrecht der Parteien voraus.¹⁾ Die Ladung bezieht sich nur auf die Herbeischaffung von Zeugen zur Hauptverhandlung. Im Gegensatz zu § 219 StPO ist es den Parteien im französischen Strafprozeß nicht gestattet, aus eigener Initiative einen Sachverständigen zur Hauptverhandlung zu laden. Sie können ihn höchstens unter dem Deckmantel eines Zeugen in die Hauptverhandlung einführen.²⁾

Die Parteien müssen ihre Zeugen auf eigene Kosten laden lassen.³⁾ In der Praxis wird es meistens so gehandhabt, daß der Angeklagte abwartet, welche Zeugen die Staatsanwaltschaft lädt. Die Zeugen, die in der Liste der Staatsanwaltschaft nicht aufgeführt sind, die der Angeklagte jedoch für seine Verteidigung als unerlässlich ansieht, wird er selbst laden lassen (C.474). Für den Angeklagten, der über keine ausreichenden Geldmittel verfügt, um seine Zeugen vorzuladen, besteht außerdem die Möglichkeit, bei der Staatsanwaltschaft die Ladung zu beantragen (Art.281 Abs.3, C.475). Es steht jedoch im freien Ermessen der Staatsanwaltschaft, ob sie dem Antrag stattgeben will oder nicht.⁴⁾ Der Angeklagte kann den gleichen Antrag auch beim Vorsitzenden der cour d'assises und beim Vorsitzenden des tribunal correctionnel stellen. Auch hier entscheidet der Vorsitzende nach freiem Ermessen.⁵⁾

1) ebenso war es nach dem C.I.C., vgl. Art. 315, 153, 154, 190.

2) der in Artikel 169 C.P.P. aufgeführte Zeuge wird wohl in erster Linie solch ein Sachverständiger sein.

3) Vgl. Art. 281 Abs.3, C.475 Abs.2; vgl. auch J.-Cl. Art. 427 Fasc. II Nr. 64

4) Art. 281 Abs.3; vgl. Cass. v. 27.6.1895, D.P. 96. 1.473 (475); v. 20. März 1903, D.P. 1903 1.200.

5) Art. 30 des Gesetzes v. 22. Jan. 1851 "sur l'assistance judiciaire", D.P. 51.4.25.

2. Neben der Beweistätigkeit der Parteien¹⁾ nimmt der Richter jedoch keineswegs eine rein passive Haltung ein. Das geht schon deutlich daraus hervor, daß man der "instruction préparatoire" (Voruntersuchung) die "instruction définitive" - auch "instruction d'audience" genannt (Beweisaufnahme während der Hauptverhandlung) - gegenüberstellt.²⁾ Diese allgemein geläufige Bezeichnung macht bereits deutlich, daß das französische Verfahren vor dem erkennenden Gericht wie das deutsche nicht allein dem Akkusationsprinzip folgt, sondern daß es auf einem gemischten System beruht, einer Verbindung von Akkusations- und Inquisitionsprinzip.³⁾ Der Richter ist daher während der Hauptverhandlung berechtigt, auch von Amts wegen sämtliche Beweise zu erheben, die er für nützlich hält. Auf Grund des materiellen Wahrheitsprinzips ist er hierzu nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet.⁴⁾

Wie weit er daneben auch noch auf die Beweistätigkeit der Parteien einwirkt, in welchem Umfange ihn seine weitgehenden Befugnisse, die Beweisangebote der Parteien zurückzuweisen, als den Herrn des Beweisverfahrens erscheinen lassen, werden die folgenden Erörterungen zeigen.

§ 3. Der Umfang der Beweisaufnahme im Korrektionalverfahren.

I. Der Zeugenbeweis Antrag

Der Art. 459 C.P.P. enthält nur Bestimmungen über die formellen Voraussetzungen des Antrags und seiner Verbescheidung; er sagt nichts darüber aus, nach welchen Grundsätzen ein Beweisantrag zu verbescheiden ist, ebensowenig enthält der C.P.P. für das Korrektionalverfahren eine Bestimmung darüber, ob der Richter

1) Hier im weiteren Sinn: Der Staatsanwalt und die übrigen Parteien.

2) Vgl. die Überschrift vor Art. 534 C.P.P. (Petits Codes Dalloz): "De l'instruction définitive devant le tribunal de police"; vgl. auch Garraud Bd. 2 S. 26 Nr. 382.

3) Vgl. Stéfani-Levasseur S. 39.

4) Die materielle Wahrheitserforschungspflicht wird aus dem Art. 310 - betreffend den pouvoir discrétionnaire des Assisenpräsidenten - ganz allgemein für alle Richter abgeleitet.

in jedem Fall verpflichtet ist, die geladenen und auch erschienenen Zeugen zu vernehmen, oder ob er sie aus bestimmten Gründen zurückweisen kann.¹⁾ Es muß daher zu diesem Punkte auf die Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofs zu den Art. 153, 154 und 190 C.I.C. zurückgegriffen werden, die auch heute noch Gültigkeit hat.

Die Art. 153 und 190 C.I.C. enthielten die Bestimmung, daß die zur Hauptverhandlung geladenen und erschienenen - vor den Polizeigerichten auch bloß gestellten²⁾ - Zeugen vernommen würden, soweit hierzu ein Anlaß bestehe - "s'il y a lieu"; und nach dem Gesetzestext des Art. 154,³⁾ der durch die Einrichtung der Beweiskraft polizeilicher Protokolle den Angeklagten in seiner Verteidigung bereits weitgehend einschränkte, konnte der Richter den angebotenen Gegenbeweis, selbst wo er gesetzlich zulässig war, nach seinem Ermessen ausschließen - " ... si le tribunal juge à propos de les admettre".

Um die Tragweite des Gesetzestextes und die hieran anknüpfende Rechtsprechung zu verstehen, muß an dieser Stelle auf die französische Einrichtung der Beweiskraft polizeilicher Protokolle eingegangen werden, die wie ein Überbleibsel aus dem alten Inquisitionsprozeß vergangener Jahrhunderte anmutet. Die Beweiskraft polizeilicher Protokolle macht noch heute - wenn auch in etwas gemilderter Form durch Abbau der Zahl der privilegierten Protokolle - die Eigenart des französischen Beweissystems im Prozeß vor dem tribunal de police und dem tribunal correctionnel aus. Sie wirkt sich besonders auch auf den Umfang der Beweisaufnahme aus.

1) Vgl. für das Verfahren vor dem Schwurgericht Art. 329 C.P.P.

2) Aus dem Wort "amené" in Art. 153 leitete man für den Angeklagten ein Gestellungsrecht ab; in der Folgezeit wurde dieses Recht auch auf die übrigen Parteien ausgedehnt.

3) Er galt durch Verweisung (Art. 189 C.I.C.) auch für das Verfahren vor dem tribunal correctionnel.

1. Die Beweiskraft polizeilicher Protokolle

a) Die französischen Strafprozeßgesetze knüpfen an eine ganze Reihe von schriftlichen Aufzeichnungen der Polizeibeamten - *procès-verbaux*¹⁾ - eine mehr oder weniger starke Beweiskraft, vorausgesetzt, daß sie in den vorgeschriebenen Formen ordnungsgemäß aufgenommen wurden.²⁾ Gegen die Mehrzahl der mit Beweiskraft ausgestatteten Protokolle kann der Gegenbeweis erbracht werden - "*procès-verbaux faisant foi jusqu'à preuve contraire*"; die Beweiskraft kann jedoch so weit gehen, daß die im Protokoll enthaltenen Feststellungen nur mit der Fälschungsklage angegriffen werden können.

Die mit Beweiskraft ausgestatteten Protokolle binden den Richter. Sie bedeuten daher eine erhebliche Durchbrechung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung³⁾ zugunsten der Strafverfolgung. Sie erscheinen wie ein letzter Überrest der gesetzlichen Beweisregeln des alten Inquisitionsprozesses.⁴⁾

Die an die Protokolle geknüpfte Beweiskraft bezieht sich nur auf Tatsachen, die die aufzeichnenden Beamten selbst festgestellt haben, nicht jedoch auf

- 1) So genannt, obwohl sie heute immer schriftlich abgefaßt werden; sie tragen noch die alte Bezeichnung, die aus Zeiten herrührt, wo die Beamten, der schriftlichen Aufzeichnung nicht mächtig, das Ergebnis ihrer Ermittlungen mündlich berichteten. Vgl. J.-Cl.Art.427 à 457 Fasc.III Nr.3;
- 2) Vgl. hierzu im einzelnen J.-Cl. Art.427 à 457, Fasc.III Nr. 152.
- 3) Sie ist im Prinzip für das französische Recht anerkannt, vgl.Art.353 und 427 C.P.P.
- 4) Die Prozeßprotokolle gehen auf die Einführung des kanonischen Inquisitionsprozesses in die französische Praxis im 14.Jahrhundert zurück. Die Theorie der Protokolle wurde dann im Laufe der alten Gesetzgebung weiter ausgebaut und verfeinert; vgl.J.-Cl.Art.427 à 457 Fasc.III Nr.2, Nr.6, Nr.164.

persönliche Würdigungen und Werturteile.¹⁾ Hinsichtlich der persönlichen Tatsachenfeststellungen vertraut das Gesetz auf die Fähigkeit und die Wahrheitsliebe des das Protokoll verfassenden Polizeibeamten.²⁾ Der Verfasser des Protokolls ist im Grunde genommen ein privilegiierter Zeuge, dessen Aussagen, wenn sie im Protokoll ordnungsgemäß niedergelegt sind, von Gesetzes wegen als wahr angesehen werden.³⁾ Die stärkste Beweiskraft kommt jenen Protokollen zu, die nur im Wege der Fälschungsklage bekämpft werden können.⁴⁾ Außerhalb der Fälschungsklage kann gegen die Richtigkeit der in ihnen getroffenen Feststellungen keinerlei Gegenbeweis erhoben werden. Insbesondere verbietet sich die Anhörung des Verfassers eines solchen Protokolls zum Nachweis der inhaltlichen Unrichtigkeit.⁵⁾ Lediglich zur Unterstützung und zur Ergänzung des Protokolls können andere Beweise herangezogen werden.⁶⁾

Im Falle der "procès-verbaux faisant foi jusqu'à preuve contraire" ist der Richter ebenfalls an die im Protokoll gemachten Feststellungen gebunden.⁷⁾ Bloße Zweifel an der Richtigkeit und Zuverlässigkeit der im Protokoll ent-

haltenen Angaben führen zu einer Vermutung, dass die Angaben wahr sind.

- 1) Vgl. J.-Cl. a. a. O. Nr. 151, 152, 153. Daß es aber nicht immer einfach ist, zwischen einfachen Tatsachen und Werturteilen zu unterscheiden, zeigen die in J.-Cl. Nr. 154 und 159 aufgeführten Beispiele. Die Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofs geht zudem soweit, daß sie auch Geständnisse und sonstige Erklärungen des Angeklagten zu den der besonderen Beweiskraft der Protokolle zugänglichen Tatsachen zählt; über die Wahrheit der gemachten Angaben kann jedoch der Richter nach freier Überzeugung urteilen, vgl. J.-Cl. Nr. 161, 162, 163 und die dort angegebene Rechtsprechung; Stéfani-Levasseur S. 319 Nr. 358;
- 2) Vgl. Stéfani-Levasseur, S. 319 Nr. 358.
- 3) Vgl. Patarin S. 55.
- 4) Für das deutsche Recht gibt es ein Gegenstück nur im Sitzungsprotokoll hinsichtlich der wesentlichen Förmlichkeiten der Verhandlung.
- 5) Vgl. J.-Cl. a. a. O. Nr. 164 bis 166.
- 6) Vgl. J.-Cl. a. a. O. Nr. 167, 168
- 7) Vgl. J.-Cl. a. a. O. Nr. 188; Cass. v. 12. 4. 1929, D. H. 29. 268.

haltenen Angaben erlauben es ihm nicht, den Angeklagten freizusprechen.¹⁾ Ebenso verletzt derjenige Richter das Gesetz, der der Staatsanwaltschaft die Beweise zur Unterstützung des Protokolls auflädt, ohne dass dieses vorher mit Beweisen des Angeklagten wirksam bekämpft worden ist.²⁾ Der Richter kann daher in die Lage kommen, den Angeklagten gegen seine Überzeugung verurteilen zu müssen. Der Grundsatz "in dubio pro reo" gilt hier nicht.

Der Angeklagte kann jedoch gegen den Inhalt der "~~procès~~ - verbaux faisant foi jusqu'à preuve contraire" den Gegenbeweis erbringen. Er kann den Gegenbeweis mit allen im Gesetz zugelassenen Beweismitteln führen, so insbesondere auch mit Sachverständigen- und Augenscheinsbeweis. Der in Art. 154 C.I.C. und heute in Art. 431 und 537 C.P.P. aufgeführte Zeugen- und Urkundenbeweis wird insoweit nur als beispielhaft angesehen.³⁾

Der Gegenbeweis muß jedoch mit den gesetzlichen Beweismitteln in den gesetzlich vorgeschriebenen Formen erbracht werden. Beim Zeugenbeweis ist insbesondere zu beachten, daß nur die unter Eid gemachte Aussage in der Lage ist, die Feststellung des Protokolls zu entkräften, nicht hingegen eine bloß "informativische" Aussage - "*à titre de simples renseignements*".⁴⁾

Der Richter ist daher bei Vorhandensein eines Protokolls nicht in der Lage, auf Grund des bloßen Ableugnens und der Ausführungen des Angeklagten sowie auf Grund bloßer Indizien und des Gesamteindrucks der Hauptverhandlung den Angeklagten freizusprechen.⁵⁾

1) Vgl. J.-Cl.a.a.O.Nr.189; Cass.v.31.1.1938, D.H.1938.150; v.26.11.1885, D.P. 86.1.344; v.15.6.1895 D.P. 96.1.566 (7.espèce 568); v.13.3.1896, B.Nr.98.

2) Vgl. Rép.Crim.Procès-verbal, Art.154, Nr.166; Cass.v.3.2.1865, D.P.65.1.322.

3) Vgl. J.-Cl.a.a.O. Nr.193; Rép.Crim.Proc.verb.Nr.170. Der Sachverständigenbeweis und eine Ortsbesichtigung müssen ordnungsgemäß vom Gericht angeordnet sein, vgl. Rép.-Crim.Proc.-verb.Nr.174, Nr.175.

4) Vgl. Rép.Crim., Proc.-verb.Nr.172; J.-Cl.a.a.O. Nr.194.

5) Anderes gilt für die Protokolle "*à titre de simples renseignements*", die die freie Beweismwürdigung des Richters nicht beeinträchtigen und mithin nur Indizienbeweiswert haben.

Die Last des Gegenbeweises trägt allein der Angeklagte. Es liegt an ihm, die im Protokoll getroffenen Feststellungen mit geeigneten Beweismitteln zu bekämpfen. Die Beweiskraft der Protokolle "faisant foi jusqu'à preuve contraire" haben daher eine Verschiebung der Beweislast zuungunsten des Angeklagten zur Folge.¹⁾ Der Richter kann zwar von sich aus alle Beweismittel herbeischaffen lassen, um die Feststellungen des Protokolls zu widerlegen, er ist hierzu jedoch nicht verpflichtet.²⁾³⁾

Der Staatsanwalt und die Zivilpartei können ihrerseits wiederum neue Beweise erbringen, um den vom Angeklagten geführten Gegenbeweis zu widerlegen.⁴⁾

1) Vgl. Patarin S.55; Stéfani-Levasseur S.277 Nr.309; Rép. Crim., Proc.-Verb. Nr.166.

2) Vgl. Rép. Crim. a.a.O. Nr.169: "une simple faculté; aucun texte de loi ne l'y oblige"; Cass. v.3.8.1894, B.Nr.211 (man fragt sich, wie dies mit dem Prinzip der materiellen Wahrheit zu vereinen ist).

3) Aus der Einrichtung der Beweiskraft der Protokolle erklärt es sich, daß die französ. Lehre noch immer daran festhält, daß es im Strafprozeß ein Beweislastproblem gibt und daß sie dieses sogar für eines der wichtigsten Probleme des strafprozeßrechtlichen Beweisverfahrens ansieht. Neben einer ganzen Reihe von Vermutungen (présomptions), die der Cassationsgerichtshof für den Nachweis der inneren Tatseite zuungunsten des Angeklagten entwickelt hat und die dem Angeklagten insoweit den Beweis für seine Unschuld aufbürden, ist es vor allem die Beweiskraft der Protokolle, die nach der franz. Lehre die Beweislast, die gewöhnlich wegen der Unschuldsvermutung von der Staatsanwaltschaft zu tragen ist, umkehrt und sie allein dem Angeklagten zuschiebt. Die Beweislast ist eine Konzeption, die dem heutigen deutschen Strafprozeßrechtsdenken fremd ist. Die Gründe, die in der deutschen Lehre dafür angeführt werden, daß im Strafprozeß von einer Beweislast nicht gesprochen werden kann, mildern nach französischer Auffassung die Beweislast nur in tatsächlicher Hinsicht, vgl. Stéfani-Levasseur S.261 ff., Nr. 287 ff., S.265 ff. Nr.292 ff., S.274, Nr. 307; vgl. für das deutsche Recht Alsberg-Nüse S.8 ff., S.11.

4) Vgl. Rép. Crim., Proc.-verb. Nr.177.

Die Begünstigung des Schuldbeweises im Interesse der Strafverfolgung versucht man im Schrifttum mit der Behauptung zu rechtfertigen, daß die Angaben in den Protokollen mit großer Wahrscheinlichkeit der Wahrheit entsprächen und dass die Erbringung ausreichender Beweise zum Nachweis der Schuld bei den in Frage stehenden Delikten großen Schwierigkeiten begegne. Diesen Schwierigkeiten habe man mit der Einrichtung der Protokolle zugunsten einer schlagkräftigen Strafverfolgung abhelfen wollen.¹⁾

b) Der C.P.P. hat gegenüber dem C.I.C. die Zahl der mit Beweiskraft ausgestatteten polizeilichen Protokolle verringert. Im weitesten Umfang werden sie im Prozeß vor dem tribunal de police verwandt; weniger zahlreich sind sie im Prozeß vor dem tribunal correctionnel; sie fehlen völlig im Verfahren vor der cour d'assises.

Damit einem Protokoll Beweiskraft zukommt "jusqu'à inscription de faux", bedarf es einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung in einem Spezialgesetz (Art.433, 536 C.P.P.). Protokolle, die bis zum Nachweis ihrer Fälschung Beweis für die Richtigkeit der in ihnen festgehaltenen Aufzeichnungen liefern, finden sich hauptsächlich im Jagd--Fischerei- und Zollrecht sowie im Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht.²⁾

Hinsichtlich der "procès-verbaux" und "rapports faisant foi jusqu'à preuve contraire" muß zwischen dem Verfahren vor dem tribunal de police und dem vor dem tribunal correctionnel unterschieden werden.

Die Übertretungen werden regelmäßig mit den Aufzeichnungen der Polizeibeamten bewiesen und nur bei Fehlen solcher Berichte und Niederschriften mit anderen

1) Vgl. Patarin S.55 ff.

2) Vgl. die Aufzählung der einzelnen Gesetze bei J.-Cl. Art.427 à 457 Fasc.III Nr.171 ff.; vgl. auch Stéfani-Levasseur S.321.

Beweismitteln. Daher wird es "nur als logisch" angesehen, daß ihnen der Artikel 537 C.P.P. grundsätzlich eine besondere Beweiskraft (jusqu' à preuve contraire) zuschreibt.¹⁾ Im Prozeß vor dem tribunal correctionnel hingegen erhalten die "procès - verbaux" einen erhöhten Beweiswert nur auf Grund einer besonderen gesetzlichen Regelung (Art.430, 431 C.P.P.).²⁾

Derartige Spezialgesetze finden sich jedoch in großer Zahl, so vor allem im Wege- und Straßenverkehrsrecht sowie im Wirtschaftsstrafrecht.³⁾

Die Zahl der mit besonderer Beweiskraft ausgestatteten Protokolle ist noch groß genug; die Durchbrechung des Prinzips der freien Beweiswürdigung ist schwerwiegend, insbesondere im Hinblick auf die Höhe der Strafen, die im Wege eines solchen Beweisverfahrens verhängt werden können.⁴⁾

2. Die Klausel "s'il y a lieu" der Art. 153,154,190 C.I.C.

Die Beweiskraft der Protokolle, die, soweit sie einen Gegenbeweis überhaupt zuläßt, den Entlastungsbeweis dem Angeklagten aufbürdet, macht das Beweisantragsrecht des Angeklagten, eine Garantie seines Rechts, mit allen zur Verfügung stehenden Beweismitteln den Gegenbeweis zu führen, besonders dringlich. Das Beweisführungsrecht des Angeklagten war jedoch im Gegenteil durch die einschränkende Klausel "S'il y a lieu" oder "si le tribunal juge à propos de les admettre" der Art. 153, 154, 190 C.I.C. in Frage gestellt.⁵⁾ Es entspann sich daher schon bald nach Inkrafttreten des C.I.C. eine ausgedehnte höchstrichterliche Rechtsprechung zur Klarstellung und Auslegung dieser Klauseln.

1) Vgl. J.-Cl.a.a.O.Nr.202.

2) Vgl. J.-Cl.a.a.O.Nr.204, 205, 208.

3) Vgl. J.-Cl.a.a.O. Nr.33, ff.; vgl. auch Art.29 C.P.P.:

die Protokolle sämtlicher Spezialbeamter- die also nicht der allgemeinen Polizei oder der Gerichtspolizei angehören - gelten bis zum Beweis des Gegenteils; J.-Cl. a.a.O.Nr.214.

4) Vgl. Patarin S.55 ff.

5) Wie geneigt die Richter sind, einen unbequemen Beweisantrag zu beseitigen, zeigt die große Zahl der hierzu ergangenen Kassationsentscheidungen.

Nach dieser Rechtsprechung hat der Richter nicht das Recht, nach seinem freien Belieben - wie es der Wortlaut vermuten lassen könnte - Zeugen zu vernehmen oder ihre Vernehmung abzulehnen. Vielmehr ist ihm die Zurückweisung einzelner Zeugen nur aus bestimmten Ablehnungsgründen gestattet. Zunächst betraf diese Rechtsprechung vom Wortlaut des Gesetzes ausgehend nur die präsenten Zeugen, d.h. die zur Hauptverhandlung geladenen und auch erschienenen - vor den Polizeigerichten auch die bloß gestellten - Zeugen; später wurden dieselben Grundsätze auch auf die erst herbeizuschaffenden Zeugen ausgedehnt.

Heute hat man die zweifelhafte Klausel "s'il y a lieu" nicht mehr ins Gesetz aufgenommen. Die Rechtsprechung hierzu hat jedoch ihre Gültigkeit bewahrt. Mangels jedweder gesetzlichen Bestimmung kann jedenfalls auch heute von der Einführung eines absoluten Beweiszwangs hinsichtlich der präsenten Beweismittel im Prozeß vor dem tribunal de police und vor dem tribunal correctionnel nicht die Rede sein.¹⁾

3. Die neue Vorschrift des Art. 444 C.P.P.

Hinsichtlich der zur Hauptverhandlung gestellten Zeugen enthält nun der Artikel 444 C.P.P. eine neue Regelung, die im Gegensatz zu früher sowohl für die Polizei- als auch für die Korrektionalgerichte gilt. Danach können in beiden Prozeßarten die ohne vorherige Ladung unmittelbar zur Hauptverhandlung mitgebrachten Zeugen mit der Genehmigung des Gerichts zugelassen werden. Unter der Herrschaft des C.I.C. hatte man nämlich nur dem vor einem Polizeigericht sich verantwortenden Angeklagten ein Gestellungsrecht zugebilligt, nicht hingegen dem Angeklagten, der vor ein tribunal correctionnel geladen war.²⁾

1) Die Art. 435, 436, 442, 444 sagen nichts hierüber aus; sie beziehen sich lediglich auf den Ablauf der Vernehmung.

2) Dies folgerte man daraus, daß der Art. 189 nicht auf den Art. 153 verwies; das Wort "amené" des Art. 153, aus dem man das Gestellungsrecht des Angeklagten ableitete, fehlte jedoch in Art. 190.

Im Verfahren vor dem tribunal correctionnel konnte die Vernehmung eines zur Hauptverhandlung gestellten Zeugen unter dem bloßen Vorwand, daß er nicht ordnungsgemäß geladen sei, abgelehnt werden.¹⁾

Die Formel "avec l'autorisation" im heutigen Art. 444 scheint darauf hinzuweisen, daß den Gerichten hier größere Freiheit gelassen ist als bei den ordnungsgemäß geladenen Zeugen. So wird der Art. auch in der Literatur interpretiert.²⁾ Tatsächlich dürfte jedoch der Unterschied nicht sehr groß sein, da auch die Ablehnungsgründe hinsichtlich der geladenen Zeugen dem Richter noch einen weiten Ermessensspielraum lassen. Urteile des Kassationsgerichtshofes zu Art. 444 liegen noch nicht vor. Die von der Rechtsprechung angegebenen Ablehnungsgründe sollen daher im folgenden für alle Gruppen von Zeugen zusammen behandelt werden.

4. Die einzelnen Ablehnungsgründe

Garraud³⁾ hat die Rechtsprechung bezüglich der Ablehnbarkeit des Zeugenbeweisantrags als unsicher und unklar bezeichnet; sie weise zwar zahlreiche Urteile in dieser Materie auf, aber, so warf er ihr vor, sie vermeide es, feste Maßstäbe aufzuzeigen, nach denen die Gerichte die Anhörung der von den Parteien vorgeschlagenen Zeugen ablehnen könnten. Diese Charakterisierung trifft auch heute noch zu. Die Entscheidungen aus jüngster Zeit unterscheiden sich darin nicht von denen des 19. Jahrhunderts. Eine Fortentwicklung, Systematisierung der Ablehnungsgründe - wie etwa im deutschen Recht - läßt sich nicht feststellen.

1) Vgl. hierzu Garraud Bd. 2 S. 27 und dort Anm. 6.

2) Vgl. J.-Cl. Art. 427 à 457 Fasc. II Nr. 66 und 67.

3) Traité Bd. 2 S. 34.

Im einzelnen werden folgende Gründe zur Ablehnung der beantragten Vernehmung eines Zeugen als ausreichend angesehen:

1. In Übereinstimmung mit dem deutschen Recht muß die Vernehmung des Zeugen abgelehnt werden, wenn sie unzulässig ist.

a) Unzulässig ist es z.B., zur Widerlegung der Feststellungen eines "procès-verbal faisant foi jusqu'à inscription de faux" den Zeugenbeweis zu führen; nicht nur der Zeugenbeweis, sondern jedwedes andere Beweismittel ist in diesem Falle als unzulässig zurückzuweisen, da der Gegenbeweis ganz generell ausgeschlossen ist.¹⁾

Zulässig ist allein der Nachweis, daß das Protokoll gefälscht sei. Der Nachweis erscheint jedoch in der Regel aussichtslos; er wird daher praktisch erst gar nicht versucht. Der Ausschluß des Gegenbeweises gegen den Inhalt eines Protokolls "faisant foi jusqu'à inscription de faux" stellt daher ein absolutes Beweisverbot dar.²⁾

b) Ein Aussageverweigerungsrecht, wie es das deutsche Recht kennt, steht nach französischem Strafprozeßrecht nur den Angehörigen bestimmter Berufsgruppen zu. Im C.P.P. findet sich zwar - wie schon vordem im C.I.C. - keine betreffende Vorschrift. Die Rechtsprechung hat jedoch ein solches Weigerungsrecht aus dem Art. 378 C.P.

1) Ein anschauliches Beispiel bietet der Fall, der der Entscheidung Cass.v.3.3.1888, D.P.89.1.45 zugrunde lag: Hier ging es um die Feststellung der Identität der Angeklagten. Ein Zollbeamter hatte mehrere Personen beim Schmuggeln festgenommen. Eine Person konnte jedoch entfliehen. Der Zollbeamte vermeinte die Entfliehende als die Angeklagte erkannt zu haben und vermerkte dies im Protokoll. In der Hauptverhandlung bestritt die Angeklagte die Identität; sie behauptete mit ihrer Schwester verwechselt worden zu sein und bot entsprechenden Beweis an. Das Untergericht ordnete daraufhin die Gegenüberstellung der Angeklagten mit dem Polizeibeamten an. Auf Antrag der Staatsanwaltschaft wurde das Urteil kassiert. Der Kassationshof führte aus, daß sich die Beweiskraft auch auf die Identität der Angeklagten erstreckte, wenn sie ausdrücklich im Protokoll festgestellt worden sei.

2) Vgl. Stéfani-Levasseur: S.321 Nr.360.

abgeleitet, der die Verletzung des Berufsgeheimnisses unter Strafe stellt. Über das deutsche Recht hinausgehend darf der französische Richter eine freiwillige unter Verletzung des Berufsgeheimnisses gemachte Aussage nicht verwerten. Ein etwaiger Verzicht des weigerungsberechtigten Zeugen ist unbeachtlich.¹⁾

Dem nahen Angehörigen steht demgegenüber kein Zeugnisverweigerungsrecht zu. Der französische Gesetzgeber räumt vielmehr umgekehrt den Parteien das Recht ein, diese Zeugen als suspekt abzulehnen.²⁾ Die Ausübung des Ablehnungsrechts zieht jedoch als einzige Folge nach sich, daß die Zeugen nun nicht mehr unter Eid vernommen werden können (Art. 448, 449). Ihre Aussagen werden "à titre de simples renseignements" entgegengenommen.³⁾ Das Problem des § 252 StPO stellt sich daher für das französische Recht nicht. Ein Zurückgreifen auf den Verhørsbeamten ist nicht erforderlich, da der französische Richter den Zeugen auf jeden Fall vernehmen kann, wenn auch u.U. ohne Eid.

2. Wie sein deutscher Kollege kann der französische Richter die Vernehmung eines Zeugen ablehnen, wenn die unter Beweis gestellten Tatsachen unerheblich sind.

Im einzelnen finden sich hierfür folgende Wendungen:

1) Vgl. J.-Cl. Art. 427 à 457 Fasc. II, Nr. 40 bis 44; Donnedieu de Vabres, Traité S. 725 ff.; ders. Précis S. 344 Nr. 925; Bouzat S. 737 Nr. 1091; Garraud Bd. 2 S. 53 ff. S. 60.

2) daher erklärt sich auch die Bezeichnung dieser Zeugengruppe als "témoin reprochable".

3) Vgl. J.-Cl. a.a.O. Nr. 29. Da der Gerichtsgebrauch jedoch bei der Beweiswürdigung den "véritables témoignages" keinen höheren Beweiswert zumißt als den "témoignages à titre de renseignements", so besteht der eigentliche Unterschied lediglich darin, daß der Zeuge, der uneidlich falsch ausgesagt hat, nicht bestraft werden kann (vgl. J.-Cl. a.a.O. Nr. 30). Widersetzt sich keine der Parteien, so kann der nahe Anverwandte als Zeuge unter Eid vernommen und in- folgedessen wegen Meineids bestraft werden.

- "ne ... pas pertinents", ¹⁾
 "ne ... pas concluants", ²⁾
 "en dehors du débat", ³⁾
 "étrangers à l'affaire", ⁴⁾
 "ne présentent pas d'intérêt pour la solution
 du procès". ⁵⁾

Wann eine Tatsache als unerheblich bzw. erheblich anzusehen ist, darüber finden sich in der Regel keine Ausführungen. Nach der Definition im Répertoire Criminelle ⁶⁾ ist eine Tatsache unerheblich, "qu'alors même qu'ils seraient établis, l'infraction subsisterait telle qu'elle est présentée dans le procès-verbal"; und umgekehrt wird danach eine Tatsache als erheblich angesehen, "qui, s'ils étaient établis, enlèveraient au fait poursuivi le caractère d'une infraction pénale par la loi pénale". In diesem Fall muß der Richter den Angeklagten zum Beweise zulassen. ⁷⁾

Die Definition ist sehr eng an den gesetzlichen Tatbestand angelehnt. Sie scheint im wesentlichen nur die unmittelbar erheblichen Tatsachen zu umfassen. Die bloß mittelbar erheblichen Beweistatsachen, die z.B. die Bewertung eines Beweismittels, die Glaubwürdigkeit von Zeugen betreffen, unterliegen der freieren Beurteilung des Richters. Will der französische Richter über eine bloß mittelbar beweis-erhebliche Tatsache keinen Beweis erheben, so wird er die hierzu beantragte Beweis-erhebung in der Regel jedoch nicht als unerheblich, sondern als unnütz - inutile- erklären, ein Ablehnungsgrund, über den weiter unten berichtet wird.

1) Vgl. Patarin, S.40; Rép.Crim., Procès-verbal Nr.168 und die dort ange-gebenen Entscheidungen.

2) wie Fußnote 1).

3) Vgl. F.Hélie 1951, Bd.1 S.194 (Nr.319).

4) Vgl. Rép.crim., Témoignage Nr.110.

5) Rép.Crim. l'Instruction à l'audience Nr.181 und die dortigen Recht-sprechungsnachweise.

6) Procès-verbal Nr.168

7) Rép.Crim., Proc.-verb.Nr.168; Cass.v.14.11.1840.B.Nr.326; v.30.12.1892, B.349

3. Dem deutschen Ablehnungsgrund des Erwiesenseins entspricht der französische "tenir pour constants, certains". Danach kann der Richter die begehrte Beweiserhebung ablehnen, wenn er die unter Beweis gestellten Tatsachen bereits für erwiesen hält.¹⁾

Dieser Ablehnungsgrund ist vor allem an Hand von Beweisansträgen der Staatsanwaltschaft entwickelt worden. Der Kassationsgerichtshof hat in zahlreichen Entscheidungen festgestellt, daß der Staatsanwalt ein Recht darauf hat, zur Stützung der Anklage den Zeugenbeweis zu führen, wenn sich in der Hauptverhandlung herausstellt, daß das Protokoll auf Grund von Formfehlern keine besondere Beweiskraft liefert, oder wenn dem Angeklagten der Gegenbeweis gegen den Inhalt des Protokolls gelungen ist. In diesen Fällen, so führen die Entscheidungen aus, dürfe der Richter die vom Staatsanwalt begehrte Vernehmung eines anwesenden Zeugen oder die beantragte Vertagung zwecks Ladung neuer Zeugen nicht versagen, es sei denn, er erachte die vom Staatsanwalt unter Beweis gestellten Tatsachen bereits für erwiesen und spreche unmittelbar darauf die Verurteilung aus.²⁾

Der Ablehnungsgrund wird entsprechend auf die Beweisansträge des Angeklagten angewandt, wenn sich hierfür auch nicht gleich scharfe Formulierungen finden wie zugunsten der Strafverfolgung.³⁾

4. Weitergehend als im deutschen Recht kann die Vernehmung von Zeugen auch

Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 1. März 1884

1) Cass.v.18.3.1854, B.Nr.77; Cass.v.23.6.1858, D.P.59.2.71; Cass.v.20.3.1874, B.Nr.90; Cass.v.25.3.1880, B.Nr.70; Cass.v.8.6.1844, D.P.45.4.430; Cass.v.1.u.20.7.1893; D.P.96 1.566; Rép.Crim. l'Instr. à l'aud.Nr.181, Tém.Nr.110, Proc.-verb.Nr.168; F.Hélie 1951, Nr.322; Garraud, Traité Bd.2.S.34;

2) Cass.v.20.3.1874, B.Nr.90: "le juge de police ne peut se dispenser d'entendre les témoins dont l'audition est requise par le ministère public qu'autant qu'il tient pour certains les faits incriminés et que la condamnation du prévenu est par lui immédiatement prononcée. S'il le relaxe, il commet un excès de pouvoir."

3) Cass.v.25.3.1880, B.Nr.70.

abgelehnt werden wegen ihrer Überzahl -

un nombre exagéré de témoins,¹⁾

si la preuve offerte paraît ⁴surabondante.²⁾

Wenn das Gericht bereits eine beträchtliche Anzahl von Zeugen gehört hat, kann es den Sachverhalt für genügend aufgeklärt ~~erklären~~ und sowohl die weitere Vernehmung anwesender Zeugen als auch eine Vertagung der Hauptverhandlung zwecks Vorladung weiterer Zeugen versagen.

5. Der Ablehnungsgrund der turba testium leitet schon zur letzten und umfassendsten Gruppe von Ablehnungsgründen über, die letztlich alle zum Leitmotiv haben, daß der Richter die Beweiserhebung für unnötig, nutzlos, überflüssig hält. Sie werden mit folgenden Wendungen wiedergegeben:

"... lui paraît inutile, ⁴frustratoire, superflue",³⁾

"... il a le droit de s'assurer de l'opportunité et de l'utilité de leur audition",⁴⁾

"... si le juge estime de nouvelles auditions inutiles",⁵⁾

"... si le juge se déclare suffisamment éclairé".⁶⁾

Die Möglichkeit, einen Beweis abzulehnen, weil er nutzlos erscheint oder weil das Gericht den Tatbestand bereits für genügend aufgeklärt hält, stellt eine Generalklausel dar. Richtschnur für die Auslegung ist die materielle Wahrheitserforschung.⁷⁾ Wann jedoch die Wahrheitserforschung es erfordert, daß ein beantragter Beweis erhoben werde und wann nicht, das überläßt man der Entscheidung des Einzelfalles:

"Attendu... que le juge étant toujours ⁴maître de l'instruction orale qui se fait devant lui, et l'audition des témoins étant essentiellement subordonnée aux besoins de la manifestation de la vérité ... le témoignage non recueilli a été reconnu inutile".⁸⁾

1) Rép.Crim.Tém.Nr.112; Cass.17.11.1849,B.Nr.312;v.31.3.1865,D.P.65.1.152.

2) Rép.Crim.Tém.Nr.110; vgl.auch Art.420 Abs.1 des.ital.C.P.P.

3) F.Hélie 1951, Nr.319 S.194,Nr.321 S.195,Nr.322 S.195; Rép.Crim.,Tém.Nr.110; Garraud, Bd.2 S.34,35; Bouzat, Traité, S.737 Nr.1092.

4) Cass.v.16.12.1859,D.P.59.5.228(Nr.20); Le Poittevin Art.153,Nr.154, Art.154 Nr.721; Art 190 Nr.79.

5) Rép.Crim.Tém.Nr.113.

6) Cass.v.17.11.1849,B.Nr.312;Braas S.327 Ziff.3 C.u.S.399, Ziff.3.

7) Vgl. Patarin S.44.

8) Cass.v.26.5.1864,D.P.64.1.502

Ohne daß es ausdrücklich gesagt wird, liegt dieser Regelung die Vorstellung zugrunde, daß sich allgemeine Maßstäbe dafür, wann die Wahrheitserforschung die Erhebung des beantragten Beweises gebietet, a priori nicht aufstellen lassen.

Die Nutzlosigkeit der Beweiserhebung oder die hinreichende Aufgeklärtheit des Sachverhalts stellen so einen Sammeltatbestand dar für eine ganze Reihe von Ablehnungsgründen, die sowohl die selbständig anerkannten Gründe umfassen - wie ne...pas pertinent, concluant, tenir pour certain - als auch sehr viel weitergehende Gründe; denn eine beantragte Beweiserhebung kann auch dann als unnütz abgelehnt werden, wenn das Gegenteil der unter Beweis gestellten Tatsache als erwiesen angesehen wird.¹⁾ Es kommt sehr oft vor, daß der Richter im Rahmen dieses Ablehnungsgrundes den Beweiswert des angebotenen Beweismittels, z.B. die Geeignetheit, die Glaubwürdigkeit eines Zeugen, vorher beurteilt und die Vernehmung dann als nutzlos ablehnt, weil Erspriebliches nicht zu erwarten sei. Verschiedentliche Male hat der Kassationshof Urteile, die eine beantragte Beweiserhebung deshalb ablehnten, weil der gewünschte Beweis doch nicht werde geführt werden können, aufgehoben. So in einem Fall, in dem der Unterrichter den Antrag des Staatsanwalts auf Vertagung zwecks Vorladung neuer Zeugen zur Unterstützung des fehlerhaften Protokolls abgelehnt hatte mit der Begründung, daß vom Inhalt des Protokolls abweichende Zeugenaussagen nicht zu erwarten seien. Der Kassationshof hob das freisprechende Urteil auf; er sah den Verstoß darin, daß dem Staatsanwalt keine Gelegenheit gegeben war, sich zu äußern.²⁾ Das Beweisantragsrecht ist hier also abgeleitet aus dem Recht der Prozeßbeteiligten auf rechtliches Gehör. In einem anderen Falle hatte der

1) Rép. Crim., Proc.-verb. Nr. 168 .. "soit que l'allégation soit détruite d'avance par les preuves contraires déjà acquises aux débats"; Le Poittevin Art. 154 Nr. 721; vgl. auch Garraud Bd. 2 S. 34, 35.

2) Cass. v. 24. 1. 1852, B. Nr. 35; v. 1. 12. 1855, B. Nr. 385.

Unterrichter es als überflüssig abgelehnt, drei vom Staatsanwalt geladene und in der Hauptverhandlung auch erschienene Polizeibeamte - die Verfasser eines Protokolls, das mit keiner besonderen Beweiskraft ausgestattet war - zu vernehmen, da sie ihren Bericht ja doch nicht Lügen strafen würden. Der Kassationshof hob das freisprechende Urteil auf, weil das Gericht die Beamten von vornherein für zeugnisunfähig erklärt habe, anstatt ihre Aussagen frei zu würdigen.¹⁾ In dieser Begründung kommt etwas klarer zum Ausdruck, daß der wahre Verstoß des Unterrichters in einer Beweisantizipation zu suchen ist. Noch deutlicher in dieser Hinsicht sind die Begründungen zweier weiterer Entscheidungen: In dem der Entscheidung vom 4. August 1837²⁾ zugrundeliegenden Fall war die Straftat zunächst in einem Protokoll festgestellt, das nur "à titre de simples renseignements" galt. Die Angeklagten ließen in der Hauptverhandlung Zeugen dafür vernehmen, daß die Polizeibeamten völlig betrunken gewesen seien. Das Gericht lehnte den Antrag des Staatsanwalts, die Verfasser des Protokolls hierzu zu hören, mit der Begründung ab, nach dem Ergebnis der bisherigen Beweisaufnahme sei den Polizeibeamten wenig Glauben zu schenken. Die Rüge des Kassationshofs ging dahin, daß "... si l'action de ministère public paraissait au juge de police repoussée par les témoignages produits, c'était une raison de plus de ne pas repousser la preuve contraire qui lui était offerte; et qu'ainsi, dans l'espèce, ledit refus de recevoir cette preuve a été une dénégation formelle au ministère public du droit qu'il avait de prouver la légitimité de son action et une violation des art. 153 et 154 C.I.C".

1) Cass. v. 13. 6. 1834 P. t. XXVI S. 631

2) B. Nr. 223.

In einer Entscheidung vom 6. August 1885, ¹⁾ wo die Vorinstanz ebenfalls unter Vorwegnahme des Beweisergebnisses einen Antrag des Staatsanwalts auf Hinzuziehung weiterer Zeugen abgelehnt hatte, führte der Kassationshof schließlich aus, daß es dem Richter nicht erlaubt sei, "d'apprécier le degré de confiance que mérite la preuve offerte, et de la rejeter en déclarant qu'elle ne changerait pas sa conviction." ²⁾

In anderen Fällen hat der Kassationshof jedoch die Beweisantizipation zugelassen und die Urteile, die auf einer Vorwegnahme des Beweisergebnisses beruhten, bestätigt. ³⁾ Die Vorwegnahme der Beweiswürdigung ist mithin nicht wie im deutschen Recht grundsätzlich verboten. Die Rechtsprechung ist unsicher. Sie verweist die Entscheidung, ohne allgemeine Prinzipien klarzulegen, in den Einzelfall. ⁴⁾

1) B.Nr.239.

2) Auffallend ist, daß es sich bei diesen Entscheidungen jedes Mal um Anträge der Staatsanwaltschaft gehandelt hat; vgl. hinsichtlich der parallelen Erscheinung in Deutschland Alsberg-Nüse S.13 ff.

3) so Cass.v.12.1.1856, B.Nr.18: Die Aussage eines Zeugen vom Hörensagen wurde von vornherein als wertlos angesehen; Cass.v.23.7.1864, B.Nr.195; mit dem Beweis Antrag sollte anscheinend gerade der vom Angeklagten vorgebrachte Rechtfertigungsgrund angegriffen werden; Cass.v.23.3.1832, P.t.XXIV S.888: zwei vom Staatsanwalt geladene Zeugen waren nicht erschienen. Da durch die Aussagen der Übrigen in der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen die der Anklage zugrunde liegenden Tatsachen nicht bewiesen werden konnten, stellte die Staatsanwaltschaft Verdagungsantrag, damit sie die beiden ausgebliebenen Zeugen, deren Vernehmung sie für die Wahrheitsfindung unerlässlich hielt, noch einmal laden könne. Das Gericht lehnte den Antrag ab, da die beiden Zeugen derselben Gesellschaft angehörten wie die bereits vernommenen Zeugen und daher nur deren Aussagen bestätigen könnten.

4) Im Schrifttum wird ihre Zulässigkeit ausdrücklich bestätigt, vgl. Le Poittevin Art.154 Nr.721; Rép.Crim. Proc.-verb.Nr.168. Der Kassationshof ist nur dann eingeschritten, wenn die vorweggenommene Beweiswürdigung gleichzeitig einen eklatanten Verstoß gegen die Aufklärungspflicht bedeutete.

Der französische Richter verfügt daher über einen weiten Ermessensspielraum bei der Konkretisierung der Ablehnungsgründe im einzelnen. Er muß jedoch seine wie immer gefundene Entscheidung begründen; er muß z.B. angeben, worin er die Un-erheblichkeit, Nutzlosigkeit usw. sieht. Die Begründung untersteht der Nach-prüfung des Kassationshofs sowohl in rechtlicher wie in tatsächlicher Hinsicht, obwohl die Feststellung der Nutzlosigkeit und der anderen Ablehnungsgründe als Tatsachenfeststellung angesehen wird, die der Kontrolle des Kassationshofs grundsätzlich entzogen ist.¹⁾ So prüft der Kassationsgerichtshof im einzelnen nach, ob der vom Richter in den Gründen angegebene Ablehnungsgrund der Sach-lage wirklich entspricht. Er hat zahlreiche Urteile kassiert, die nach seiner Ansicht den in ihren Gründen zitierten Ablehnungsgrund nur zum Vorwand nahmen, einen unbequemen Beweis Antrag auszuräumen, obwohl ihm richtigerweise hätte stattgegeben werden müssen.²⁾ Das Recht des Angeklagten auf Vorführung seiner Zeugen ist daher im Korrektionalverfahren weniger durch ein sicheres System von Ablehnungsgründen als durch die weitgehende Nachprüfung durch den Kassationshof im Einzelfall geschützt.

1) Vgl. Garraud Bd.2 S.35: "...laquelle est ainsi appelée à se prononcer sur l'utilité de la preuve offerte, c'est-à-dire sur une appréciation de fait. Mais cette constatation ne nous embarrasse pas, parce qu'il est nécessaire de donner à la Cour de cassation en matière pénale, un pouvoir de contrôle plus large qu'en matière civile sur les appréciations qui peuvent entraver ou paralyser le développement de la preuve." Der Unterschied zwischen der freien Beweiswürdigung bereits erhobener Beweise und der Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme wird nicht erkannt.

2) so z.B. Cass.v.26.2.1847, B.Nr.44 (unter dem Vorwand der Überflüssig-keit); Cass.v.25.7.1846, B.Nr.199: "sous prétexte que cette offre n'était ni pertinente ni concluante"; v.24.1.1852, B.Nr.35: "sous le prétexte que cette demande pouvait n'être qu'un moyen dilatoire"; v.26.2.1863, D.P.64 1.246; vgl. auch Bouzat, Traité S.737 Nr.1092.

II. Der Urkundenbeweisantrag

Für die Urkunden, die von den Parteien selbst zur Hauptverhandlung herbeigeschafft werden können, gelten die für den Zeugenbeweis dargelegten Regeln, d.h. eine von den Parteien bereits zur Hauptverhandlung herbeigeschaffte Urkunde kann nur aus den aufgezählten Gründen zurückgewiesen werden. Das gleiche gilt für einen Antrag, der auf Vertagung gerichtet ist, damit es dem Antragsteller ermöglicht werde, im nächsten Termin den Gegenbeweis - z.B. gegen ein Protokoll - mit Urkunden zu führen. Das folgt aus dem Recht des Prozeßbeteiligten, mit dem von ihm angebotenen Gegenbeweis zugelassen zu werden.¹⁾

Über die Verlesung von Teilen aus Akten, die nur zur Verfügung des Gerichts stehen, entscheidet jedoch das Gericht nach seinem Ermessen.²⁾

Beweisverbote spielen im Urkundenbeweis - im Gegensatz zum deutschen Recht - keine große Rolle. Der Urkundenbeweis ist vielmehr das bevorzugte Beweismittel des Korrektionalprozesses. Das zeigt die Einrichtung der Beweiskraft der Protokolle. Das Vorhandensein eines mit erhöhter Beweiskraft ausgestatteten Protokolls reicht zur Verurteilung aus; es brauchen weder die Verfasser des Protokolls noch sonstige Zeugen gehört zu werden.³⁾ Im französischen Recht findet sich daher keine dem § 250 StPO entsprechende Bestimmung. Während der § 250 StPO die Verlesung von Protokollen grundsätzlich verbietet, stellen die polizeilichen Protokolle im französischen Korrektionalverfahren das klassische Beweismittel dar, auf das gewöhnlich das Urteil gestützt wird. Aber auch außerhalb der Protokolle ist die Verlesung von Zeugenaussagen weitgehend möglich, so immer schon dann, wenn der Zeuge zwar geladen, aber nicht

1) Vgl. Rép.Crim. 1'Instr.à l'aud.Nr.45.

2) Rép.Crim.1'Instr.à l'aud.Nr.182 ff.,187.

3) Vgl. Rép.Crim.1'instr.à l'aud.Nr.37.

zur Hauptverhandlung erschienen ist.¹⁾

Das Unmittelbarkeitsprinzip wird so im französischen Recht zugunsten der Konzentration der Hauptverhandlung zurückgedrängt.

III. Der Sachverständigen- und Augenscheinsbeweisantrag

Ein Sachverständigengutachten und eine Ortsbesichtigung sind Beweismaßnahmen, die nur vom Gericht angeordnet werden können. Die Parteien können zwar die Anordnung z.B. eines Sachverständigengutachtens beantragen, sie können jedoch im Gegensatz zum Zeugenbeweis nicht selbständig über diese Beweismittel verfügen.²⁾

1. Die Neuordnung des Sachverständigenbeweises im C.P.P. hat hinsichtlich des Sachverständigenbeweisantrags während der Hauptverhandlung nichts Neues gebracht. Schon unter der Herrschaft des C.I.C. war das Recht der Parteien, ein Sachverständigengutachten beim Gericht förmlich zu beantragen, allgemein anerkannt. Das Gericht mußte über den Antrag entscheiden und im Falle der Ablehnung die Gründe angeben, die es zur Zurückweisung des Antrags bewogen haben.³⁾ Diese Lösung ist heute in den Art. 459, 507, 508 ausdrücklich anerkannt.

Die Gerichte konnten jedoch seit jeher über den Antrag frei entscheiden; sie waren an den Antrag niemals gebunden.⁴⁾ Dies wird für das geltende Recht aus den Worten "toute juridiction... p e u t ... ordonner une expertise" des Art. 156 gefolgert und auch aus dem Art. 434, in dem es heißt: "si le tribunal e s t i m e qu'une expertise est nécessaire..."⁵⁾

1) Vgl. im einzelnen hierzu Rép.Crim.a.a.O.Nr.172 ff.

2) Wie bereits dargetan, verfügen die Parteien insbesondere nicht über das Recht, einen Sachverständigen auf eigene Kosten zur Hauptverhandlung laden zu lassen. Das französische Strafprozessrecht kennt keinen "privaten" Sachverständigen.

3) Vgl. Garraud Bd.1 Nr.324 (S.603, 604); Rép.Crim.Expertise Nr.11 und Instr.à l'aud.Nr.187.

4) Vgl. Rép.Crim.Instr. à l'aud.Nr.187; Ortlal S.8 ff.

5) Vgl. J.-Cl.Art.156 à 169 Nr.11.

Mag die zu lösende Frage noch so schwierig, noch so kompliziert sein, das Gericht kann sie auf Grund eigener Fachkenntnisse allein beurteilen, ohne einen Sachverständigen zu Rate ziehen zu müssen.¹⁾ Es entscheidet insbesondere auch frei darüber, ob es die notwendigen Sachkenntnisse selbst besitzt. Auf einen objektiven Maßstab wird - im Gegensatz zum deutschen Recht - nicht Bezug genommen. Zur Beurteilung der Zweckmäßigkeit der Einholung eines Sachverständigengutachtens verfügt daher das Gericht über einen "pouvoir souverain", der der Nachprüfung durch den Kassationsgerichtshof entzogen ist. Die Nachprüfung der Entscheidung beschränkt sich auf etwaige Rechtsmängel, sei es, daß die Gründe widersprüchlich oder völlig unzureichend sind, sei es, daß das Gericht es unterlassen hat, den Antrag zu verbescheiden.²⁾

Die Berufungsgerichte hingegen haben die Möglichkeit, den Antrag erneut zu prüfen, und, falls sie es für zweckmäßig halten, ihrerseits das gewünschte Gutachten einzuholen.

Entsprechend dieser Regelung entscheidet das Gericht auch über die Frage der Hinzuziehung eines weiteren Sachverständigen nach freiem Ermessen, ebenso darüber, ob das erste Gutachten in irgendeiner Richtung zu ergänzen und deshalb die Hauptverhandlung aufzuschieben ist.³⁾ Den Prozeßbeteiligten steht zwar ein diesbezügliches Antragsrecht zu; dem Richter steht es jedoch frei, ob er den Anträgen stattgeben oder ob er sie ablehnen will.

Nach mehrmaligen Änderungen⁴⁾ der einschlägigen Bestimmungen wird nunmehr das Gutachten grundsätzlich nur einem einzigen Sachverständigen anvertraut (Art.159 Abs.3). Hat das Gutachten jedoch Fragen zum Gegenstand, von deren Beantwortung

-
- 1) Vgl. J.-Cl.Art.156 à 169 Nr.63 u.11; Instr.Crim.Art.29 à 47 Fasc.V; Rép.Crim.Instr.à l'aud.Nr.187, Expertise Nr.2; F.Hélie 1960, Nr.78 S.97.
 2) Cass.v.29.3.1878, D.P.79.1.92; Cass.v.14.4.1934, D.H.1934.286; v.11.1.1935, D.H.1935,181; Le Poittevin Art.43 et 44 Nr.18 ff., Art.154 Nr.724; Ortolan S.25 ff., S.28.
 3) Vgl. F.Hélie 1960, Nr.85 S.103; Rép.Crim., Expertise Nr.46 und die dort angegebene Rechtsprechung.
 4) zuletzt durch Ordonnanz Nr.60-529 v.4.Juni 1960.

die Verurteilung abhängt,¹⁾ so sind nach gesetzlicher Vorschrift zwei Sachverständige mit der Erstattung des Gutachtens zu beauftragen (Art.159 Abs.1). Der Richter kann jedoch auch in diesem Falle mit einer begründeten Entscheidung nur einen einzigen Sachverständigen ernennen (Art.159 Abs.1 und 2).²⁾

Die weitaus meisten Gutachten werden von einem Psychiater zur Beantwortung der Frage eingeholt, ob der Angeklagte zurechnungsfähig ist.³⁾ Es fällt demgegenüber auf, daß man in französischen Gerichtssälen kaum jemals einem psychologischen Sachverständigen begegnet. Außerhalb des "examen médicopsychologique" und der Persönlichkeitsforschung (Art.81) wird er praktisch nicht herangezogen, insbesondere nicht zur Beurteilung von Zeugenaussagen, deren Würdigung man uneingeschränkt der Menschenkenntnis des Richters anvertraut. Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs,⁴⁾ die dem Richter in besonders schwierigen Fällen die Pflicht zur Anhörung eines psychologischen Sachverständigen auferlegen, stoßen in Frankreich auf wenig Verständnis. Dies erklärt sich nicht nur

1) Art. 159 Abs.1: "Lorsque la question...porte sur le fond d l'affaire,...".

2) Art. 159 Abs.2 gilt zwar wie Art.156 Abs.2 nur für den Untersuchungsrichter; nach Art.459 wird jedoch für das erkennende Gericht das gleiche Ergebnis erzielt.

3) Von diesem sog.klassischen psychiatrischen Gutachten ist neuerdings das "examen médicopsychologique" des Art.81 zu unterscheiden. Der Unterschied ist im Gesetz nicht präzisiert; die letztere Untersuchung dürfte hauptsächlich dazu dienen, die geeigneten Strafen für den Angeklagten zu finden (Individualisierung der Strafe). Der Unterschied ist nur für den Prozeßabschnitt der Voruntersuchung von größerer Bedeutung, weil hier gegen die Ablehnung eines "examen médicopsychologique" keine Berufung gegeben ist (Art.186 Abs.3). Für die Hauptverhandlung ist die Unterscheidung wegen des in Art.459 enthaltenen allgemeinen förmlichen Antragsrechts bedeutungslos.

4) insbesondere Bd.7 S.82 ff.

daraus, daß die Hinzuziehung eines Sachverständigen dem freien Ermessen des Richters anheimgestellt ist, sondern hängt auch damit zusammen, daß man der Psychologie, die man als junge Wissenschaft bezeichnet, noch immer mißtraut.¹⁾ Man weist ihr nur als Hilfswissenschaft innerhalb der "expertise mentale" einen Platz zu.²⁾ Außerdem führt man gegen eine weitergehende Heranziehung der psychologischen Wissenschaft im Strafprozeß an, daß sie gegen die Würde des Menschen verstoße.

2. Die Anordnung einer Ortsbesichtigung (transport sur les lieux) steht ebenfalls im freien Ermessen des Gerichts. Der Antragsteller erhält im Falle der Ablehnung eine begründete Entscheidung, die er anfechten kann; es wird jedoch als ausreichende Begründung angesehen, daß das Gericht die Sache bereits für genügend geklärt hält. Die Beurteilung dieser Sachlage steht in seinem freien Ermessen.³⁾ Die Nachprüfung des ablehnenden Entscheids durch den Kassationshof beschränkt sich daher darauf, ob die Gründe Rechtsmängel aufweisen, oder ob sie sachlich begründet, so die Gründe schon nicht aufweisen.

3. Das gleiche gilt für einen Antrag, der auf eine Ergänzung der Beweisaufnahme - ein "supplément d'information"- gerichtet ist.⁴⁾ Das Gericht ist niemals verpflichtet, einem derartigen Antrag stattzugeben. Es würdigt völlig frei, ob die Sache schon entscheidungsreif ist oder nicht.

1) Vgl. Léauté, Garde à vue, expertise, action civile S.80.

2) wie Fußnote 1, S.81.

3) Cass.v.28.6.1861, B.Nr.137; F.Hélie 1951, Bd.1 Nr.357 S.211; Rép.Crim. Instr.à l'aud.Nr.187: "C'est sur le point de savoir si la cause est ou n'est pas suffisamment instruite, que le tribunal jouit d'un pouvoir souverain d'appréciation".

4) Vgl.Ortial S.9 ff., S.25 ff., S.28; selbst wenn die Ergänzung der Beweisaufnahme unstreitig nützlich sei, habe das Gericht keine Pflicht, entsprechenden Beweisanträgen stattzugeben.

IV. Das Verfahren bei der Ablehnung von Beweisanträgen (Art.459)

1. Der C.I.C. machte dem Richter keinerlei Vorschriften hinsichtlich des Zeitpunktes der Verbescheidung. Es blieb dem Richter überlassen, ob er die Entscheidung unmittelbar treffen oder ob er erst in den Urteilsgründen auf die Anträge eingehen wollte. Um Prozeßverschleppungen einen Riegel vorzuschieben, bürgerte sich in der Praxis in Anlehnung an den Art. 338 des Code de procédure civile die Übung ein, den Zwischenstreit erst zusammen mit dem Endurteil zu erledigen. Eine Ausnahme wurde nur gemacht, wenn die unmittelbare Verbescheidung geboten schien.¹⁾

Der C.P.P. hat diesen Gerichtsgebrauch zugunsten einer straffen Prozeßführung sanktioniert, indem er nun ausdrücklich vorschreibt, daß die während der Hauptverhandlung gestellten Anträge grundsätzlich erst mit dem Endurteil zu verbescheiden sind (Art.459 Abs.3). Nur wenn die Zurückstellung der Verbescheidung bis zum Endurteil unmöglich ist - au cas d'impossibilité absolue - oder wenn der "ordre public" eine sofortige Entscheidung verlangt, ist der Richter ermächtigt, die Anträge unmittelbar nach ihrer Stellung zu beantworten (Art.459 Abs.4).

Zu den Fällen einer absoluten Unmöglichkeit wird es gerechnet, einen Beweisantrag erst mit dem Endurteil verbescheiden zu wollen.²⁾ In der Tat würde dies einer Ablehnung des Antrags gleichkommen.

Das gleiche gilt für einen Antrag, der auf Aussetzung oder Vertagung der Verhandlung gerichtet ist.³⁾ Der Kassationshof hat sich zu diesen Fragen (Art.459 Abs.3 und 4) bisher noch nicht geäußert.⁴⁾

1) Vgl. J.-Cl.Art.458 à 461 Nr.23.

2) Vgl. J.-Cl.a.a.O. Nr.27.

3) Vgl. J.-Cl.a.a.O. Nr.28

4) Für das Schwurgerichtsverfahren hat der Kassationshof gelegentlich ausgesprochen daß die Ablehnung nicht erst mit den Urteilsgründen erfolgen darf: Cass.v.10.11.1959 B.Nr.475; v.2.2.1961, B.Nr.70; vgl. demgegenüber jedoch Cass.v.19.1.1960, B.Nr.28.

2. Die Entscheidung des Gerichts ergeht in der Form eines Urteils - jugement¹⁾ -, auch wenn sie bereits während der Hauptverhandlung erfolgt.²⁾ Das Urteil ist die einzige Form, in der ein erkennendes Gericht seinen Willen kundtun kann. Die dem deutschen Recht geläufige Unterscheidung zwischen Urteilen und Gerichtsbeschlüssen kennt das französische **Récht** nicht.

Die während der Hauptverhandlung ergangenen Urteile werden im Gegensatz zu den Endurteilen, den "jugements sur le fond", jugements (bzw. arrêts) -avant dire droit" oder einfach "jugements séparés" genannt.³⁾

Auch die Entscheidung, daß die Prüfung des Antrags bis zur Entscheidung über das Endurteil zurückgestellt werden soll, muß in der Form eines solchen "jugement séparé" ergehen.⁴⁾

Aus der Form der Entscheidung - jugement - ergibt sich bereits, daß die Ablehnung mit Gründen zu versehen ist. An die Begründung werden jedoch im einzelnen keine großen Anforderungen gestellt.⁵⁾

3. Hat der Richter eine Beweiserhebung angeordnet, so ist er keineswegs an diese Entscheidung gebunden. Er kann sie vielmehr jederzeit widerrufen, wenn er die Maßnahme nicht mehr für erforderlich hält. Dies gilt insbesondere dann, wenn er mit beweisanordnendem Beschluß für einen nächsten Termin Zeugen geladen hat, diese aber zum Termin nicht erscheinen. Er ist nicht gezwungen, abermals zu vertragen, wenn er glaubt, auch ohne die betreffenden Zeugenaussagen urteilen zu können (Art.439).⁶⁾

1) dies ist die Bezeichnung der Urteile des trib.corr.u. des trib.de police; die Urteile der cour d'appel und der cour d'assises werden hingegen "arrêts" genannt; die Entscheidungen des Untersuchungsrichters heißen "ordonnances".

2) Rép.Crim.Instr. à l'aud.Nr.198.

3) Die früher gemachte Unterscheidung der jugements-avant dire droit in jugement préparatoire und jugement interlocutoire, die für den Rechtsmittelweg von Bedeutung war, ist schon seit 1935 bedeutungslos.

4) Vgl.J.-Cl.Art.458 à 461 Nr.23.

5) Vgl.Ortial S.275, 276.

6) Nach Cass.v.26.5.1864, D.P.64.1.502 bedarf es hierzu nicht einmal eines Widerrufs, wenn keine der Parteien auf der Vernehmung des Zeugen besteht. Ebenso Le Poittevin Art.153 Nr.160.

§ 4. Der Umfang der Beweisaufnahme im Schwurgerichtsverfahren

Sehr viel eindrucksvoller, aber auch sehr viel schwerfälliger und formalistischer als im Korrektionalverfahren ist die Verhandlung vor der cour d'assises. Dies zeigt sich vor allem in den Vorschriften über die Bildung der Jury während der Hauptverhandlung (Art.293 ff.), in der Regelung des Zeugenbeweises und in dem Grundsatz der Kontinuität der Verhandlung (Art.307), der eine Unterbrechung, z.B. zwecks Herbeischaffung von weiterem Beweismaterial, nicht gestattet. Dem Grundsatz der Kontinuität liegt die Vorstellung zugrunde, daß nur genügend aufgeklärte, entscheidungsreife Sachen der cour d'assises überwiesen werden sollen,¹⁾ anderenfalls muß die Verhandlung auf eine nächste Sitzungsperiode vertagt werden. Die Verhandlung muß dann ganz von neuem aufgerollt werden (Art.343).

I. Die Vernehmung der in den Listen aufgeführten und erschienenen Zeugen

Im Assisenprozeß tritt neben die Ladung noch ein besonderes Formerfordernis hinzu: die Bekanntmachung - la notification. Die Parteien müssen die Zeugen, die sie in der Hauptverhandlung vernehmen lassen wollen, dem Gegner mindestens 24 Stunden vor Verhandlungsbeginn bekanntgeben;²⁾ das geschieht durch Übersendung der Zeugenliste (Art.281 C.P.P., Art.314 C.I.C.). Die Namhaftmachung der geladenen Zeugen soll die Gegenpartei vor Überrumpelung schützen und sie in Stand setzen, ihren Sachvortrag gut vorzubereiten.

1) Vgl. Boyer S.83.

2) Im C.I.C. 24 Stunden vor ihrer Vernehmung ! Früher war daher die Herbeischaffung von Zeugen noch während der Hauptverhandlung möglich, wenn sie wenigstens 24 Stunden vor der Vernehmung bekanntgemacht wurden, vgl. Rép. Crim. Témoignage Nr.164.

Die ordnungsgemäß geladenen und bekanntgemachten Zeugen müssen, wenn sie erschienen sind, vernommen werden - "ils sont acquis aux débats et doivent être entendus".¹⁾ Dasselbe gilt für Zeugen, die zwar nicht ordnungsgemäß geladen, aber vorschriftsmäßig dem Gegner bekanntgemacht sind, vorausgesetzt, daß sie in der Hauptverhandlung erscheinen (Art.329 C.P.P., Art.324 C.I.C.).²⁾

In der Verhandlung vor der cour d'assises besteht daher - im Gegensatz zum Korrekionalverfahren - für die anwesenden Zeugen, wenn sie von den Parteien ordnungsgemäß herbeigeschafft worden sind, ein absoluter Beweiszwang. Man hat gelegentlich versucht, aus dem Art.270 C.I.C. (heute Art.309 C.P.P.), der dem Vorsitzenden das Recht einräumt, alles zurückzuweisen, was die Verhandlung unnötig in die Länge zieht, für den Vorsitzenden oder die "cour" die Möglichkeit abzuleiten, bei Vorliegen dieser Voraussetzung die Vernehmung ordnungsgemäß benannter Zeugen abzulehnen.³⁾ Diese Auslegung wurde jedoch späterhin vom Kassationsgerichtshof in Übereinstimmung mit dem Schrifttum als mit dem Wortlaut des Art. 324 C.I.C. (Art.329 C.P.P.) in Widerspruch stehend⁴⁾ abgelehnt.⁵⁾ Es gibt daher außer bei Verzicht beider Parteien und der Unzulässigkeit, den Zeugen unter Eid zu vernehmen, keine Ausnahme der Verpflichtung des Gerichts, alle

1) Garraud Traité II.S.34; Patarin S.40 Anm.116. Das wird vor allen Dingen aus den Worten des Art.329 C.P.P. hergeleitet, der dem Art.324 C.I.C. entspricht: "Les témoins appelés par les parties sont entendus dans le débat.."

2) Garraud Traité II, S.28: Die Notifikation heile alle Mängel der Ladung.

3) Vgl. Le Poittevin Art.317 Nr.12 ff. und die dort besprochenen Urteile der Cour de cassation.

4) Art. 324 enthielt nicht die Klausel der Art. 153, 154, 190: "s'il y a lieu."

5) Vgl. Garraud Bd.2 S.34; Le Poittevin Art.317 Nr.11 ff., insbes.Nr.21.

in den Zeugenlisten benannten und erschienenen Zeugen zu vernehmen, wie zahlreiche sie auch immer sein mögen.¹⁾ Falls das Gericht den Zeugen als unzulässig ablehnen will - z.B. wenn eine Partei gegen die Vernehmung eines wegen Verwandtschaft mit dem Angeklagten ablehnbaren Zeugen Widerspruch erhebt oder im Falle der "incompacité" -, so muß es einen begründeten Gerichtsbeschluß (arrêt-avant dire droit) erlassen. Es stellt einen Mißbrauch der Befugnisse des Vorsitzenden dar, wenn er ohne vorhergehende Entscheidung des Gerichts einen ordnungsgemäß geladenen und in der Liste bekanntgemachten Zeugen z.B. wegen seines Geisteszustands nur informatorisch - "à titre de simple renseignement" - vernimmt.²⁾

II. Die Vernehmung der ordnungsgemäß bekanntgemachten, aber nicht erschienenen Zeugen

In Übereinstimmung mit dem deutschen Recht besteht jedoch kein absoluter Beweiszwang hinsichtlich eines Zeugen, der zwar ordnungsgemäß geladen und in der Zeugenliste aufgeführt, in der Hauptverhandlung aber nicht erschienen ist. Wird seine Vernehmung von keiner Partei ausdrücklich verlangt, so kann das Gericht über seine Vernehmung stillschweigend hinweggehen.³⁾ Besteht jedoch eine Partei auf der Vernehmung des Zeugen, so muß die "cour", d.i. der Gerichtshof im engeren Sinn - ohne die Jury (Art.243 C.P.P.) -, über diesen Antrag förmlich entscheiden (Art.316,326 C.P.P.). Sie kann nach Art. 326 C.P.P. entweder die sofortige Vorführung des Zeu-

1) Vgl. Cass.v.11.7.1846, B.Nr.181; Cass.v.27.3.1879, Nr.74; v.52.1885, B.Nr.50; v.30.12.1915, B.Nr.250; Garraud Bd.2 S.28 ff., S.34 und daselbst Anm.18; F.Hélie Bd.7, Nr.3478; Le Poittevin Art.317 Nr.9, bis 21; Art.324 Nr.2 u.5; Rép.Crim. Tém.Nr.169; J.-Cl.Art.306 à 316 Fasc.II Nr.35 u. die dort angegebene Rechtsprechung. Bei der Vernehmung kann der Richter jedoch nicht zur Sache Gehöriges gemäß Art.309 C.P.P. zurückweisen.

2) Cass.v.30.12.1915, B.Nr.250; Rép.Crim., Instr.à l'aud.Nr.429; J.-Cl.Art.306 à 316 Fasc.II Nr.41.

3) Vgl. Cass.v.26.6.1924, B.Nr.262; Cass.v.7.3.1961, B.Nr.140; J.-Cl.Art.323 à 333 Nr.17; Rép.Crim., Tém.Nr.196 bezügl. Art.315 C.I.C., der dem Art.326 C.P.P. entspricht

gen anordnen oder die Verhandlung auf die nächste Sitzungsperiode vertagen.¹⁾

Das Gericht ist jedoch weder zu der einen noch zu der anderen Maßnahme verpflichtet. Es kann unter Ablehnung des Antrags die Fortsetzung der Verhandlung anordnen, weil es die Vernehmung des Zeugen zur Wahrheitsfindung nicht für unerlässlich hält. Die so begründete Ablehnung untersteht als Tatsachenwürdigung dem freien Ermessen des Gerichts und eröffnet daher nicht den Rechtsmittelweg der Kassation.²⁾ Die erhöhte Garantie z.B. gegenüber den Anträgen auf Vernehmung völlig neuer Zeugen besteht, was noch zu zeigen sein wird, lediglich darin, daß das Gericht, nicht der Präsident, über den Antrag mit einem Zwischenurteil zu entscheiden hat.

III. Der "pouvoir discrétionnaire" des Vorsitzenden

1. Ist der Zeuge zwar geladen, aber nicht dem Gegner 24 Stunden vor Beginn der Hauptverhandlung ordnungsgemäß bekanntgemacht, so kann sich die Gegenpartei der Vernehmung des Zeugen widersetzen. Die Vernehmung unter Eid muß in diesem Fall unterbleiben.³⁾ Diese Vorschrift soll die Parteien, insbesondere den Angeklagten, vor einer Überrumpelung schützen und eine ruhige Vorbereitung der

1) Wegen Art.307 - Kontinuität der Hauptverhandlung - ist die kürzere Unterbrechung zwecks Herbeischaffung von weiterem Beweismaterial an sich nicht möglich; sie kann nur vom Vorsitzenden auf Grund seines "pouvoir discrétionnaire" verfügt werden, vgl. Boyer S.83; Ortil S.9,10,117 bis ff; nach J.Marquiset im J.-Cl.Art.323 à 333 Nr.31 hingegen soll in diesem Falle - was der C.P.P. nicht andeutet - auch der Aufschub der Hauptverhandlung auf einen anderen Tag möglich sein, um die gesamte Neuaufröllung der Strafsache zu vermeiden.

2) Cass.v.11.3.1948, B.Nr.83; Cass.v.13.8.1920, B.Nr.366; v.3.3.1921, B.Nr.105; v.28.12.1922, B.Nr.433; v.19.2.1925, B.Nr.60; J.-Cl.Art.323 à 333.Nr.23; Rép. Crim.Tém.Nr.195.

3) Der Zeuge kann jedoch auf Grund des "pouvoir discrétionnaire" des Vorsitzenden informatorisch vernommen werden.(Art.330 C.P.P.).

Hauptverhandlung seitens der Parteien ermöglichen.¹⁾

Das Recht einer jeden Partei, gegen die Vernehmung eines Zeugen, der ihr nicht 24 Stunden vor Verhandlungsbeginn benannt worden ist, Einspruch zu erheben, und der Grundsatz der Kontinuität machen es dem Schwurgericht unmöglich, noch während der Hauptverhandlung neue Zeugen zu laden und anzuhören, sei es von Amts wegen, sei es auf Antrag.

Um an diesen Fesseln eine gründliche und zugleich rasche Aufklärung der Strafsache nicht scheitern zu lassen, wurde dem Vorsitzenden der *cour d'assises* der sog. "pouvoir discrétionnaire" verliehen,²⁾ auf Grund dessen er Sonderbefugnisse ausübt, die es ihm gestatten, zur besseren Aufklärung der Sache Maßnahmen zu ergreifen, die nach den ordentlichen Prozeßregeln vor der *cour d'assises* ausgeschlossen sind (Art. 310 C.P.P.).³⁾ Zu diesen Maßnahmen gehören insbesondere die Ladung und Vernehmung neuer Zeugen sowie die Herbeischaffung neuer Urkunden und sonstiger Augenscheinsobjekte (Art. 310 Abs. 2). Die Aufzählung im Gesetz ist

- 1) Vgl. Garraud Bd. 2 S. 27. Dies wohl insbesondere auch im Hinblick auf den Grundsatz der Kontinuität der Verhandlung, der die Herbeischaffung neuen Beweismaterials erschwert, da diesbezügliche Maßnahmen in der Regel kürzere oder längere Unterbrechungen notwendig machen. Die Parteien sollen daher schon im voraus über das Vorbringen des Gegners unterrichtet sein und sich darauf einrichten können.
- 2) Vgl. Garraud Bd. 2 S. 33, F. Hélie 1951 Bd. 2 Nr. 177; Stéfani-Levasseur S. 660 Nr. 793; der *pouvoir discr.* steht nur dem Vorsitzenden des Schwurgerichts zu. Im Korrektionalverfahren und im Berufungsverfahren gibt es dieses Institut nicht; es erübrigt sich hier auch, weil diese Verfahren weniger formal ausgestaltet sind und die Gerichte daher hier die entsprechenden Befugnisse selbst ausüben können.
- 3) Der Art. 268 C.I.C. brachte vordem deutlicher zum Ausdruck, daß der Vorsitzende nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, alle Maßnahmen zu ergreifen, die der Wahrheitsfindung förderlich sind: "...et la loi charge son honneur et sa conscience d'employer tous ses efforts pour en favoriser la manifestation." Aus diesem Gesetzestext wurde die Wahrheitserforschungspflicht als ein allgemeiner Grundsatz auch für alle übrigen Gerichte abgeleitet.

jedoch nicht erschöpfend; sie hebt nur beispielhaft diese Maßnahmen als die beiden wichtigsten hervor. So kann der Präsident weiterhin kraft seines pouvoir discrétionnaire Personen vernehmen, die unfähig oder unwürdig sind, als Zeugen auszusagen oder solche Personen, die von den Parteien wegen Verwandtschaft mit dem Angeklagten abgelehnt werden können (Art.335, 336 Abs.2 C.P.P.),¹⁾ oder Personen, deren ordentliche Vernehmung unter Eid deshalb abgelehnt werden kann, weil sie nicht in gehöriger Form bekanntgemacht worden sind (Art.330 Abs.3).

2. Die Vernehmung erfolgt, wie schon angedeutet, ohne Eid "à titre de renseignement" (Art.310 Abs.3 C.P.P.).²⁾ Diese Unterscheidung in echte Zeugen (véritables témoins) und solche, die nur informatorisch (à titre de simple renseignement) vernommen werden, wirkt befremdlich in einem modernen Strafverfahren, das die Wertung der Beweismittel grundsätzlich der freien Beweiswürdigung (intime conviction) des Richters überläßt. Daß der Gerichtshof bestimmten Zeugenaussagen von vornherein einen geringeren Beweiswert beizumessen hat, ist ein Grundsatz, der unter die Beweisregeln des alten Inquisitionsprozesses zu zählen ist. Mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist er unverträglich.

Der Gerichtsgebrauch ist denn auch, obwohl das Gesetz an dieser Unterscheidung festhält,³⁾ dazu übergegangen, die Wertung beider Zeugnisse der freien Würdigung des Richters zu überlassen. Er gestattet es, daß der Richter einem bloß informatorisch vernommenen Zeugen mehr Glauben schenkt als einem Zeugen, der

1) Deshalb stellt sich hier nicht das Problem des § 252 StPO. Widersetzen sich die Parteien der Vernehmung unter Eid, so steht es im Ermessen des Vorsitzenden, den Angehörigen "à titre de simple renseignement" zu hören.

2) Unter der Herrschaft d.C.I.C. hingegen war eine eidliche Vernehmung dieser Zeugen möglich, solange sich keine der Parteien dem widersetzte, Art.269 Abs.2, Art.322 letzter Absatz C.I.C. Mit der heutigen Fassung des Art.310 wurde der Rechtszustand wiederhergestellt, wie er vor dem Gesetz v.25.11.1941 bestanden hatte; vgl. J.-Cl.Art.306 à 316 Fasc.II Nr.1; F.Hélie 1960 Nr.174 S.180; Vitu in Le nouveau Code, Sirey, S.115 Anm.1; vgl. jedoch Cass.v. 7.2.1961, B.Nr.76.

3) Kritik hingegen übte schon Garraud Bd. 2 S.9,10,15.

ordnungsgemäß unter Eid ausgesagt hat. Die theoretische Unterscheidung wird als bloße "Etikettfrage" angesehen, die praktisch keine Tragweite mehr besitzt.¹⁾

An das Fortlassen der die Vernehmung einleitenden Formel: "en vertu de mon pouvoir discrétionnaire", die die Geschworenen von der Art der Beweisquelle unterrichten soll, sind denn auch keinerlei Sanktionen geknüpft.²⁾

Durch den pouvoir discrétionnaire des Vorsitzenden in Verbindung mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung werden gleichzeitig die Zeugenbeweisverbote illusorisch.³⁾

3. Aber nicht nur die Vernehmung neuer und sonstiger an sich unvernehmbarer Zeugen sowie die Herbeischaffung neuer Beweisstücke ist dem Vorsitzenden auf Grund seines pouvoir discrétionnaire gestattet, sondern darüber hinaus auch die Verlesung von Schriftstücken, deren Verlesung nach den ordentlichen Prozeßregeln vor der cour d'assises verboten ist. Die Befugnis des Vorsitzenden, Urkunden zu verlesen, ist so umfassend, daß es Urkundenbeweisverbote, die im deutschen Recht die größte Zahl bilden, praktisch nicht gibt. Insbesondere können danach nicht nur die Aussagen von Zeugen verlesen werden, die verstorben sind oder denen das Erscheinen in der Hauptverhandlung wegen zu großer Entfernung nicht zugemutet werden kann, sondern auch jener Zeugen, die zwar geladen aber nicht erschienen sind oder solcher Zeugen, die in der Voruntersuchung gehört, zur Hauptverhandlung aber nicht mehr geladen worden sind.⁴⁾ Der Grundsatz der Unmittelbarkeit ist daher in

1) So Garraud, Traité Bd.2 S.83,84; Hélie 1951 Bd.2 Nr.177; Stéfani-Levasseur S.292: "...mais ces renseignements présentent pour le juge la même force de conviction que les dépositions régulières, et il peut fonder sa décision sur une audition de ce genre même si elle est contredite par des témoignages sous serment". Bedeutung hat die Unterscheidung nur noch für den Fall, daß ein mit Beweiskraft ausgestattetes Protokoll im Verfahren vor dem tribunal correctionnel oder dem tribunal de police mit Zeugenbeweis widerlegt werden soll. Hierzu bedarf es eines "véritable témoignage"; der Zeuge muß also beeidet werden; ein Zeugnis "à titre de simples renseignements" reicht hierfür nicht aus.

2) Vgl. J.-Cl.Art.306 à 316 Fasc.II Nr.30.

3) Patarin S.57

4) Vgl. Cass.v.19.2.1925, B.Nr.60; vgl.Hélie 1951 II Nr.171,172 u.die dort angegebenen weiteren Nachweise.

der Strenge, wie es § 250 StPO für das deutsche Recht vorschreibt, im französischen Strafverfahren nicht wirksam. Hier wird auf Kosten der Unmittelbarkeit auf die Beschleunigung des Verfahrens größerer Wert gelegt.

4. Zusammenfassend kann man sagen, daß grundsätzlich der Vorsitzende und nicht das Gericht für die Herbeischaffung neuer Beweismittel noch während der Hauptverhandlung zuständig ist. Bei der Einführung neuer Beweismittel noch während der Hauptverhandlung wird daher vermutet, daß sie der Vorsitzende auf Grund seines pouvoir discrétionnaire angeordnet hat. Diese Vermutung soll Prozeßfehler (nullités), deren es im Assisenprozeß noch zu viele gebe, vermindern helfen.¹⁾

Wünscht demnach eine Partei die Vornahme von Beweishandlungen, die ausschließlich auf Grund des pouvoir discrétionnaire angeordnet werden können, wie z.B. die Ladung neuer Zeugen, so muß der Antrag beim Vorsitzenden gestellt werden. Er allein ist zuständig, über einen solchen Antrag zu entscheiden; denn die Befugnisse, die dem Vorsitzenden auf Grund des pouvoir discrétionnaire zustehen, sind höchstpersönlich und daher nicht übertragbar.²⁾ Der Gerichtshof darf sich nicht Rechte anmaßen, die allein dem Vorsitzenden vorbehalten sind. Er muß sich in solchen Fällen einer Entscheidung enthalten.³⁾

1) Vgl. J.-Cl. Art. 306 à 316 Fasc. II Nr. 31.

2) Vgl. J.-Cl. a. a. O. Nr. 2; Cass. v. 12. 11. 1959, B. Nr. 487; v. 9. 1. 1960, B. Nr. 11.

3) Vgl. Cass. v. 4. 3. 1958, B. Nr. 208: hier war ein in der Zeugenliste ordnungsgemäß aufgeführter und geladener Polizeibeamter nicht erschienen. Das Gericht beschloß auf Antrag des Staatsanwalts die Ersetzung des Zeugen durch einen anderen Beamten. Der Kassationsgerichtshof hob das Urteil auf, weil der Gerichtshof nur diejenigen Beweishandlungen im Laufe der Verhandlung anordnen könne, die den gewöhnlichen Prozeßregeln vor der cour d'assises entsprächen. Die Vernehmung neuer Zeugen stelle eine außergewöhnliche Maßnahme dar, die nur der Vorsitzende auf Grund des pouvoir discrétionnaire durchführen könne; vgl. auch F. Hélie 1960 Nr. 174 S. 181.

Der Vorsitzende entscheidet über die Anträge nach freiem Ermessen,¹⁾ was jedoch nicht Willkür bedeutet.²⁾ Der Regierungsentwurf schlug zur Einschränkung der ausgedehnten Befugnisse folgende Klausel vor: Der Vorsitzende könne zur Erforschung der Wahrheit alle Maßnahmen ergreifen, "à condition de ne pas transgresser une prohibition de la loi et de ne pas porter atteinte aux droits de la défense."³⁾ Diese einschränkende Klausel wurde wieder gestrichen und erscheint nun nicht mehr im endgültigen Text des Art. 310 C.P.P. Es wird jedoch angenommen, daß diese Begrenzung der Machtfülle des Vorsitzenden auch ohne ausdrücklichen Gesetzestext auf Grund der Gesamtregelung und der Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofs weitergelten.⁴⁾

Da der Vorsitzende über die Anträge der Parteien "souverän" befindet, braucht er seine Entscheidung noch nicht einmal zu begründen;⁵⁾ für sie ist daher auch keinerlei Form, insbesondere auch keine "ordonnance", vorgeschrieben, auch nicht bei

1) Das besagt schon die Bezeichnung "pouvoir discrétionnaire".

2) Vgl. J.-Cl.a.a.O.Nr. 4; F.Hélie 1960 Nr.174 S.181.

3) Vgl. F.Hélie 1960 Nr.174 S.181.

4) Vgl. J.-Cl.Art. 306 à 316 Fasc.II Nr.4; F.Hélie 1960 Nr.174 S.181; wie sich diese Eingrenzung jedoch auswirken soll, ist unklar. Insbesondere ist nicht ersichtlich, unter welchen Voraussetzungen die Rechte der Verteidigung als verletzt angesehen werden. Die bereits gestatteten Maßnahmen, die eine solche Verletzung anerkanntermaßen nicht bēinhalten, könnten nicht umfassender sein.

5) Vgl. Cass.v.16.1.1836, B.Nr.19; J.-Cl.a.a.O.Nr.24; es wird daher angenommen, daß die Parteien kein Recht haben, die gewünschten Beweishandlungen zu fordern (requērir), sondern daß sie neue Beweiserhebungen lediglich anregen (provoquer, indiquer) können, vgl. hierzu J.-Cl.a.a.O. Nr.23,25; F.Hélie 1951 Bd.2 Nr.174. Ein anschauliches Beispiel für die Art der Zurückweisung der Anträge durch den Vorsitzenden bietet der Prozeß Jeanson. Der Vorsitzende pflegte Beweis­anträge folgendermaßen abzulehnen: "A la demande qui m'est faite de faire entendre le commissaire Gaulet; en vertu de mon pouvoir discrétionnaire je ré­ponds: 'Non' ". Da die gestellten Beweis­anträge in die Zuständigkeit des Vorsitzenden fielen, bezogen sich die Verteidiger demgegenüber vergeblich auf das ihnen in Art.315 zuerkannte Recht, förmliche Anträge zu stellen und eine begründete Entscheidung zu erhalten; vgl. Abdruck der Protokolle bei M.Péju, S.143 ff, 152, 159.

Ablehnung des Beweisantrags.¹⁾ Selbst wenn der Vorsitzende aus freien Stücken den Beweisantrag mit einer "ordonnance" bescheidet, besteht kein Begründungszwang.²⁾ Dies wird damit erklärt, daß der pouvoir discrétionnaire keinen "caractère juridictionnel" habe.³⁾ Art.315 ist auf Anträge, die an den Vorsitzenden zu richten sind, nicht anwendbar.

5. Der Antragsteller kann gegen den ablehnenden Entscheid des Vorsitzenden beim Gericht **appellieren**. Hierdurch wird ein "incident contentieux" (Zwischenstreit) hervorgerufen; das Gericht muß nunmehr entscheiden (Art.316 C.P.C.). Es muß zunächst prüfen, ob es sich bei der beantragten Maßnahme um eine Beweiserhebung handelt, die den ordentlichen Prozeßregeln vor der cour d'assises entspricht - mesure ordinaire d'instruction qui appartient au droit commun -, oder um eine solche, die ausschließlich in die Sonderbefugnisse des Vorsitzenden fällt - mesure extraordinaire qui déroge aux règles spéciales de la procédure devant la cour d'assises.⁴⁾ Nur im ersten Fall steht dem Gericht ein echtes Kontrollrecht zu.⁵⁾ Ist es in diesem Falle der Ansicht, daß der Beweisantrag zu Unrecht abgelehnt ist, so kann es selbst die begehrte Beweiserhebung anordnen. In Frage kommen insbesondere die Einholung eines Sachverständigengutachtens, die Ortsbesichtigung und die Vertagung der Strafsache auf die nächste Sitzungsperiode zwecks Durchführung eines "supplément d'information".⁶⁾ Kommt das Gericht jedoch zu der Feststellung, daß

1) Cass.v.23.3.1855, B.Nr.107; J.-Cl.a.a.O.Nr.27.

2) Cass.v.16.1.1836, B.Nr.19; J.-Cl.a.a.O. Nr.28; F.Hélie 1951 Bd.2 Nr.174.

3) Vgl. J.-Cl.a.a.O. Nr.27.

4) Vgl. J.-Cl. a.a.O.Nr.18; Rép.Crim.Instr.à l'aud.Nr. 438.

5) Vgl. Rép. Crim.Instr.à l'aud.Nr.449 u.d.dort ang.Rechtsprechung.

6) Die Vertagung steht ausschließlich der "cour" zu (Vgl. Rép.Crim.a.a.O. Nr.461), wohingegen ein Sachverständigengutachten oder eine Ortsbesichtigung auch vom Vorsitzenden angeordnet werden kann kraft seiner Prozeßleitungsbefugnis; in diesen beiden Fällen besteht daher eine konkurrierende Anordnungsbefugnis.

die begehrten Beweishandlungen in den Rahmen des pouvoir discrétionnaire fallen, dann muß es sich für unzuständig erklären und sich einer Sachentscheidung enthalten.¹⁾

Diese Regelung hat dazu geführt, daß ein geschickter Anwalt das Gericht mit einer Vielzahl von Beweisanträgen zu befassen sucht, um so gegebenenfalls einen Kassationsgrund wegen Kompetenzüberschreitung in die Hand zu bekommen. So wird beim Zeugenbeweis Antrag z.B. häufig ein Hauptbeweis Antrag gestellt, mit dem die Ver tagung auf die nächste Sitzungsperiode begehrt wird, damit das Gericht einen "supplément d'information" durchführe oder damit der Antragsteller in die Lage versetzt werde, den gewünschten Zeugen zur neuen Hauptverhandlung selbst zu laden -, und daneben wird hilfsweise beantragt, die Gegenüberstellung oder Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung vorzunehmen.²⁾ Lehnt das Gericht die Ver tagung ab, dann muß es sich für die Entscheidung über den Hilfsbeweis Antrag für unzuständig erklären; denn die Einführung neuer Zeugen ist Sache des Vorsitzenden. Entscheidet es versehentlich in einem auch gleich über den zweiten Antrag, dann begeht es eine Kompetenzüberschreitung, die von der Verteidigung gegebenenfalls als wirksamer Kassationsgrund ausgespielt wird.³⁾

Wie genau das Gericht auf den Wortlaut der Anträge achten muß, um einerseits jegliche Kompetenzüberschreitung zu vermeiden, andererseits aber Anträge, für die es zuständig ist, gehörig zu bescheiden - wie formalistisch die Entscheidungen der Cour de cassation in dieser Hinsicht sind -, zeigen folgende Urteile:

1) Vgl. Rép.Crim.a.a.O. Nr.448; Cass.v.23.6.1960, B.Nr.343.

2) Cass.v.9.1.1960 B.Nr.11.

3) Vgl. die Einführung zur Ordonnanz vom 6.10.1960, D.1960 (L.) 352.

In dem der Entscheidung des Kassationsgerichtshofs vom 12.11.1959¹⁾ zugrundeliegenden Fall hatte ein Kriegsgericht²⁾ den in der Hauptverhandlung gestellten Antrag, einen neuen Zeugen zu vernehmen, abgelehnt mit der Begründung, die Anhörung des Zeugen sei zur Wahrheitsfindung nicht unbedingt erforderlich; die Verhandlung brauche daher nicht vertagt zu werden, damit der Zeuge geladen werden könne. Der Kassationsgerichtshof hob die Entscheidung auf; er wies ausdrücklich darauf hin, daß der Antrag auf Vernehmung des Zeugen gelautet habe und nicht auf Vertagung zwecks Ladung des Zeugen. Das Gericht hätte sich daher für unzuständig erklären müssen.³⁾

In einem anderen Falle⁴⁾ hatte die Verteidigung einen Zeugenbeweis Antrag gestellt, gegen den der Staatsanwalt Widerspruch erhob. Das Gericht entschied daraufhin, daß die Vernehmung des neuen Zeugen zur Wahrheitserforschung nicht unerlässlich sei und wies den Beweisantrag zurück. Der Kassationsgerichtshof hob auf Antrag der Verteidigung das Urteil auf: Der Vorsitzende allein sei befugt, über einen Antrag zu entscheiden, mit dem die Vernehmung eines neuen Zeugen begehrt werde. Auch durch

1) B.Nr. 487.

2) Das Beweisverfahren vor dem Kriegsgericht entspricht im wesentlichen dem vor der cour d'assises. Der Vorsitzende eines Kriegsgerichts verfügt insbesondere genau wie der Vorsitzende der cour d'assises über einen pouvoir discrétionnaire. Der Art.82 C.Just.Mil.(Armée de Terre) entspricht in dieser Hinsicht dem Art.310 C.P.P. Die Urteile des Kassationsgerichtshofs in Kriegsgerichtssachen sind daher in gleicher Weise auch für den Schwurgerichtsprozeß von Bedeutung; vgl.Doll, suppl.1961,S.16; Laplatte in Anm.zu Cass.v.14.1.1960,D.60,330.

3) Diese formale Aufspaltung in Zeugenbeweis Antrag und Vertagungsantrag, obwohl letzterer nur die Herbeischaffung des gewünschten Zeugen ermöglichen soll, ist dem deutschen Prozeßrechtsdenken fremd. Vgl. auch Cass.v.19.9.1959 B.Nr.404.

4) Cass.v.9.1.1960, B.Nr.9.

den Widerspruch einer Partei könne kein "incident contentieux" hervorgerufen werden in dem Sinne, daß nun die Kompetenz des Gerichts begründet werde. Werde das Gericht durch einen besonderen Antrag mit der Sache befaßt, dann müsse es sich für unzuständig erklären.¹⁾

6.. Fühlt sich eine Partei durch die Ablehnung eines Beweisantrags benachteiligt, so wird sie als das aussichtsreichste Kassationsmittel die Kompetenzüberschreitung anführen. Die Begründung der Kassation damit, daß die Gründe des Ablehnungsbeschlusses unzureichend seien, bietet demgegenüber eine geringere Aussicht auf Erfolg; denn wie der Vorsitzende frei darüber entscheidet, ob er den beantragten Zeugen vernehmen will oder nicht, so steht es auch im freien Ermessen des Gerichts, ob es dem Vertagungsantrag zwecks Ladung des Zeugen oder Durchführung eines supplément d'information stattgeben will oder nicht. Zwar muß das Gericht - im Gegensatz zum Vorsitzenden - eine förmliche Entscheidung erlassen, wenn ein diesbezüglicher Antrag ordnungsgemäß gestellt wurde (Art.315). An die Begründung dieser Entscheidung werden jedoch keine großen Anforderungen gestellt. Es genügt, wenn das Gericht

1) Vgl. auch Cass.v.9.1.1960, B.Nr.11; v.4.2.1960, B.Nr.70: Der Antrag auf ein "supplément d'information", um einen neuen Zeugen zu hören, fällt in die Zuständigkeit des Gerichts; lautet der Antrag jedoch lediglich auf Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung, so ist allein der Vorsitzende zur Entscheidung über ihn befugt; Cass.v.4.3.1958, B.Nr.208; v.14.1.1960, B.Nr.21: hier wurde zur Abgrenzung der Zuständigkeit darauf abgehoben, ob die Anhörung des Sachverständigen eine Vertagung unbedingt erforderlich machen würde oder nicht. Cass.v.23.6.1960, B.Nr.343: Urkundenbeweisantrag; hier wurde ebenfalls darauf abgehoben, ob die Herbeischaffung der gewünschten Urkunden eine Vertagung notwendig machen würde oder nicht. Ferner Cass.v.26.1.1961, B.Nr.58: hier wurde der Antrag auf Herbeischaffung eines Schriftstücks vom Gericht abgelehnt, da diese Maßnahme die Vertagung erforderlich gemacht hätte, die das Gericht nicht einräumen wollte. Die Verteidigung legte Kassationsbeschwerde ein wegen Kompetenzüberschreitung, da der Antrag nur auf Herbeiziehung des Schriftstücks, nicht aber auf Vertagung gelaute habe. Die Kassation blieb ohne Erfolg, da der Kassationsgerichtshof in diesem Fall auf die tatsächliche Notwendigkeit der Vertagung abhob.

zum Ausdruck bringt, daß es die Vernehmung des Zeugen oder eine ergänzende Untersuchung zur Erforschung der Wahrheit nicht für erforderlich hält. Warum es dieser Ansicht ist, braucht es im einzelnen nicht dazulegen. Am häufigsten findet sich hierbei die lapidare Formel: "que le tribunal est déjà suffisamment éclairé par les débats" oder "que l'audition du témoin n'est pas indispensable à la manifestation de la vérité" oder die Verbindung beider Formeln.¹⁾ Diese Begründung ist unangreifbar. Sie ist nach französischer Auffassung Tatsachenfeststellung und unterliegt also der freien Beweiswürdigung des Gerichts. Sie ist daher der Nachprüfung des Kassationsgerichtshofs entzogen.²⁾ Eine Nachprüfung des ablehnenden Zwischenurteils

1) Vgl. Cass.v.8.10.1959, B.Nr.420; v.19.9.1959, B.Nr.404; v.4.2.1960, B.Nr.70; v.23.6.1960, B.Nr.343; v.26.1.1961, B.Nr.58.

2) Cass.v.9.2.1961, B.Nr.86: "...que cette appréciation, par le tribunal, de l'opportunité de la mesure réclamée est souveraine et échappe au contrôle de la cour de cassation"; Cass.v.30.6.1960, B.Nr.352: folgende Gründe rechtfertigten die Zurückweisung: "les éléments indiqués par la défense, dénués de pertinence, n'étaient pas susceptibles d'apporter un complément de lumière." Es bedurfte keinerlei Ausführungen, warum die von der Verteidigung vorgebrachte Beweistatsache als nicht zur Sache gehörig betrachtet wurde. Cass.v.9.1.1960, B.Nr.10: Hier ging der Antrag auf Vertagung, um einen weiteren Zeugen zwecks Gegenüberstellung mit dem Angeklagten zu laden, nachdem der einzige Zeuge, der in der Voruntersuchung den Angeklagten als Täter bezeichnet hatte, in der Hauptverhandlung einen Mitangeklagten dafür ansah. Das Gericht lehnte den Antrag ab aus dem Grunde: "que les débats avaient apporté suffisamment d'éléments d'appréciation pour que la comparution du témoin ne soit plus nécessaire à la manifestation de la vérité", und es verurteilte den Angeklagten. Nach Ansicht der Verteidigung war die Zurückweisung des Zeugenbeweisantrags unter diesen Umständen nicht gerechtfertigt. Der Kassationsgerichtshof bestätigte die Ablehnung: indem das Gericht aussprach "qu'il disposait d'éléments d'appréciation suffisants pour rejeter les conclusions de la défense, le tribunal a usé du pouvoir souverain dont il était investi; que son appréciation échappe, à cet égard, au contrôle de la Cour de cassation." Cass.v.15.6.1961, B.Nr.302: hier wurden in der Hauptverhandlung die Aussagen zweier Zeugen verlesen, die schon im Verlaufe der Voruntersuchung nicht ordnungsgemäß unter Eid vom Untersuchungsrichter vernommen worden waren, sondern lediglich von einem Polizeibeamten.

kommt nur in rechtlicher Hinsicht in Frage.¹⁾

Die im Polizeibericht festgehaltenen Aussagen waren daher schon in der Voruntersuchung als bloße "renseignements" anzusehen. Die Verteidigung wandte sich gegen die Verlesung dieser Aussagen und beantragte, die Zeugen in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Zur Unterstützung ihres Antrags wies die Verteidigung darauf hin, daß auf die Aussagen dieser beiden Zeugen im wesentlichen die "l'ordonnance de renvoi" (sie entspricht in der Wirkung unserem Eröffnungsbeschluß) gegründet gewesen sei. Das Gericht wies den Antrag zurück mit der Begründung, die Verlesung der beiden Zeugenaussagen "à titre de renseignement" sei einerseits zulässig; sie unterstehe dem freien Ermessen des Gerichts; andererseits reichten die Ergebnisse der bisherigen Beweisaufnahme zur Beurteilung der Sache aus und erübrigten daher die Vernehmung der beiden Zeugen. Der Kassationsgerichtshof bestätigte das Urteil; das Gericht habe sich mit den Anträgen ordnungsgemäß befaßt, eine Gesetzesverletzung sei nicht erkennbar. - Das Urteil zeigt zugleich, daß es im französischen Strafprozeß das Unmittelbarkeitsprinzip im strengen Sinne nicht gibt. Die Vernehmung eines Zeugen in der Hauptverhandlung kann ohne weiteres durch die Verlesung seiner während der Voruntersuchung gemachten Aussage ersetzt werden, wenn auch "nur" à titre de renseignement.

- 1) z.B. im Hinblick auf die soeben erörterten Kompetenzfragen oder betreffend die Nachprüfbarkeit auf die Einhaltung der im Art. 316 C.P.P. enthaltenen Vorschrift, daß das Gericht seine Meinung hinsichtlich der Endentscheidung nicht vorzeitig irgendwie zum Ausdruck bringen darf.

7. Im Ergebnis ist somit festzustellen, daß im Verfahren vor der cour d'assises ein Beweiszwang nur für die geladenen und in den Listen aufgeführten Zeugen besteht, vorausgesetzt, daß sie zur Hauptverhandlung auch erschienen sind. Für die zur Hauptverhandlung erst herbeizuschaffenden Zeugen gilt hingegen der Grundsatz, daß die Würdigung der Zweckmäßigkeit einer solchen Beweismaßnahme im freien, nicht nachprüfbareren Ermessen des Gerichts. bzw. des Vorsitzenden steht. Eine Beweisantizipation ist hierbei gestattet.¹⁾

IV. Der Urkundenbeweisanspruch und der Antrag auf Einnahme eines richterlichen Augenscheins an in den Gerichtssaal transportablen Gegenständen

1. Für den Urkundenbeweisanspruch gilt das gleiche wie für den Zeugenbeweisanspruch. Auch hier muß unterschieden werden, ob die Herbeischaffung der Urkunde die Vertagung der Hauptverhandlung erforderlich macht oder nicht; im ersten Fall ist das Gericht, im zweiten der Vorsitzende zur Entscheidung über den Antrag zuständig.²⁾ Sowohl der Vorsitzende als auch das Gericht entscheidet über den Antrag nach freiem Ermessen.³⁾ Eine Nachprüfung durch den Kassationsgerichtshof ist nur in rechtlicher Hinsicht möglich.

2. Entsprechendes gilt für den Augenscheinsbeweisanspruch bezüglich derjenigen Augenscheinsobjekte, die sich in den Gerichtssaal transportieren lassen und auch üblicherweise dorthin gebracht werden. .

1) Sie kommt häufig vor, da auf diese Weise lästige Beweisangebote schnell ausgeräumt werden können zugunsten der Beschleunigung des Verfahrens.

2) Cass.v.23.6.1960, B.Nr.343; v.26.1.1961, B.Nr.58.

3) Vgl. die in vorgängiger Anmerkung zitierten Entscheidungen.

V. Der Sachverständigenbeweisantrag und der Antrag auf Einnahme eines
richterlichen Augenscheins außerhalb der Gerichtsstelle

1. Einen Sachverständigenbeweisantrag kann das Gericht nach freiem Ermessen ablehnen.¹⁾ Zwar kann der Antragsteller nach Art. 315, 316 C.P.P. erreichen, daß das Gericht eine begründete, im Rechtswege angreifbare Entscheidung erläßt. Sie ist jedoch nicht auf die Zweckmäßigkeit der Einholung eines Sachverständigengutachtens, sondern nur auf rechtliche Mängel hin nachprüfbar. Im übrigen kann auf die Regelung des Sachverständigenbeweisantrags im Korrektionalverfahren verwiesen werden.

Die Anordnung eines Sachverständigengutachtens ist eine sogenannte gewöhnliche Beweishandlung,²⁾ für die sowohl das Gericht als auch der Vorsitzende zuständig ist. Der Antrag kann daher sowohl beim Gericht als auch beim Vorsitzenden gestellt werden. Lehnt der Vorsitzende den Beweisantrag ab - wozu es keinerlei Förmlichkeiten bedarf - so kann der Antragsteller das Gericht zur Entscheidung über die Ablehnung anrufen. Dem Gericht steht in diesem Fall ein sachliches Nachprüfungsrecht zu. Es entscheidet gemäß Art. 316 C.P.P. über den Zwischenstreit (incident contentieux). Mit dem zu erlassenden Zwischenurteil darf es das Endurteil in keiner Beziehung vorwegzunehmen (Art. 316 C.P.P.). Da für die Anordnung eines Sachverständigenbeweises sowohl die "cour" als auch der Vorsitzende zuständig ist, ist es im Falle der Ablehnung eines Sachverständigenbeweisantrags weniger die Kompetenzüberschreitung als der Verstoß gegen das Verbot, mit den Ablehnungsgründen irgendwie die Endentscheidung vorwegzunehmen, die die Kassationsbeschwerde durchgreifen lassen.

1) Art. 156 Abs. 1 : "peut"; vgl. hierzu Besson, Code annoté Bd. 1 Anm. 1 zu Art. 156.

2) qui appartient au droit commun.

In der Entscheidung vom 14.1.1960¹⁾ hat jedoch der Kassationsgerichtshof zum erstenmal für den Sachverständigenbeweis ausgesprochen, daß der Vorsitzende allein zuständig ist zur Entscheidung über einen Sachverständigenbeweisantrag, wenn die Zuziehung des Sachverständigen die Vertagung der Verhandlung offensichtlich nicht notwendig macht. Da das Untergericht, anstatt sich in diesem Falle für unzuständig zu erklären, über die Zweckmäßigkeit der Einholung eines Sachverständigengutachtens entschieden hatte, hob der Kassationsgerichtshof das Urteil auf. Die Entscheidung des Kassationsgerichtshofs betraf zwar einen Kriegsgerichtsfall; es wird jedoch allgemein angenommen, daß diese Entscheidung - wie übrigens auch andere wichtige Entscheidungen in Kriegsgerichts-sachen²⁾ - auch für das ordentliche Schwurgerichtsverfahren gültig sei.³⁾

Die Entscheidung ist im Schrifttum abgelehnt worden. Es ist auch in der Tat nicht einzusehen, warum der Kassationsgerichtshof hier entgegen der bisherigen Praxis und der herrschenden Lehre einen neuen Aufhebungsgrund geschaffen hat; bietet doch die Entscheidung des Gerichtshofs, die begründet sein muß, eine größere Garantie für die Prozeßbeteiligten als die Entscheidung des Vorsitzenden, die keiner Gründe bedarf. Es scheint, daß diese Entscheidung des Kassationsgerichtshofs Veranlassung gegeben hat, dem Art. 82 C. Just. Mil. den Abs. 5 anzufügen,⁴⁾ nach dem es nunmehr dem Vorsitzenden gestattet ist, seine Zuständigkeit in Beweisfragen auf das Gericht zu delegieren.⁵⁾ Seit Inkrafttreten der Ordonnanz vom 4. Oktober 1960 ist daher die Entscheidung vom 14.1.1960 zumindest für die Militärgerichtsbarkeit ohne Bedeutung.⁶⁾

1) B.Nr. 21.

2) so z.B. hinsichtlich der durch Art. 81 C.P.P. neu eingeführten Maßnahmen.

3) Vgl. Doll, suppl. 1961, S. 16; Laplatte in D. 1960, 331.

4) Ordonnanz vom 4.10.1960 D. 60, (Lég.) 352.

5) Nach den einführenden Erläuterungen der Ordonnanz v. 4.10.1960 (D. 1960. (Lég) 352) soll ganz allgemein durch Abs. 5 des Art. 82 C. Just. Mil. verhindert werden, daß die Anwälte das Recht, Anträge zu stellen, mißbrauchen.

6) Vgl. Cass. v. 15.6.1961 B.Nr. 302. Ob die Entscheidung v. 14.1.1960 für das Schwurgerichtsverfahren, in dem es an einer dem Abs. 5 des Art. 82 C. Just. Mil. entsprechenden Bestimmung fehlt, weiterhin Geltung beanspruchen kann, steht dahin. Die Frage ist bis jetzt nicht entschieden worden.

2. Die Ortsbesichtigung (transport sur les lieux) stellt eine Beweismaßnahme dar, die wie der Sachverständigenbeweis dem "droit commun" angehört und für deren Anordnung daher in erster Linie das Gericht zuständig ist. Es wird jedoch allgemein anerkannt, daß auch der Vorsitzende auf Grund seines pouvoir discrétionnaire sie anordnen kann. Ein entsprechender Antrag kann daher sowohl beim Gericht als auch beim Vorsitzenden gestellt werden. Wird der "transport sur les lieux" zunächst beim Vorsitzenden beantragt, so kann gegen eine etwaige Ablehnung das Gericht angerufen werden. Es hat in diesem Falle sachlich über den Antrag zu entscheiden. Eine Nachprüfung der Entscheidung durch den Kassationsgerichtshof ist nur in rechtlicher Hinsicht möglich.

3. Der Antrag auf Vornahme eines "supplément d'information", dessen Anordnung in die alleinige Zuständigkeit des Gerichts fällt, ist ein Sammeltatbestand für alle denkbaren Beweisanträge. Ein supplément d'information wird beantragt, wenn das Gericht in eigener Verantwortung die gewünschten Beweismittel herbeischaffen soll; will der Antragsteller selbst für die Herbeischaffung sorgen, so beantragt er in der Regel die Vertagung - le renvoi de l'affaire à la prochaine session. Beide Maßnahmen sind dem freien Ermessen des Gerichts anheimgestellt; eine Nachprüfung der ablehnenden Entscheidung durch den Kassationsgerichtshof ist nur in dem angegebenen Rahmen möglich.

4. Zusammenfassend kann gesagt werden, daß die Aufhebung eines Urteils wegen fehlerhafter Verbescheidung eines Beweisantrags in der Regel aus ganz anderen Gründen erfolgt als im deutschen Strafverfahren. Da im französischen Recht das Prinzip der freien Beweisaufnahme gilt, kommt eine Aufhebung aus dem Grunde, weil das übergeordnete Gericht die Notwendigkeit eines beantragten Beweises anders beurteilt, nicht in Frage. In Betracht kommen die Aufhebungsgründe der Kompetenzüberschreitung und vor allem beim Sachverständigenbeweisantrag derjenige der Vorwegnahme der Endentscheidung.¹⁾

1) Das Verbot der Vorwegnahme der Endentscheidung wird erst im Abschnitt der Begründung der ablehnenden Entscheidung behandelt.

VI. Das Verfahren bei der Ablehnung von Beweisanträgen

1. Form und Zeitpunkt der Ablehnung.

a) Die Ablehnung durch den Vorsitzenden auf Grund seines pouvoir discrétionnaire bedarf keinerlei Form; denn sie besitzt "aucun caractère juridictionnel".¹⁾

Erläßt der Vorsitzende dennoch eine förmliche Entscheidung - ordonnance -, so kann er sie begründen; er ist jedoch nicht verpflichtet hierzu.²⁾

b) Anderes gilt für die Ablehnung durch das Gericht. Sie muß in einer förmlichen Entscheidung - arrêt¹⁾ - ausgesprochen und mit Gründen versehen sein. Auch die Entscheidung, mit der sich das Gericht für unzuständig erklärt, weil die beantragte Beweismaßnahme in den Rahmen des pouvoir discrétionnaire des Vorsitzenden fällt, bedarf der Form eines "arrêt". Diese Form bedeutet gleichzeitig den Begründungszwang für die Entscheidung.

Zuständig zum Erlaß des "arrêt" ist die "cour proprement dite", die aus dem Vorsitzenden und den beiden Beisitzern besteht.³⁾ Der Kassationsgerichtshof wacht streng über die Einhaltung dieser Kompetenzverteilung. Das führt zu dem seltsamen Ergebnis, daß z.B. im Endurteil die Jury zusammen mit den Berufsrichtern über die Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten zu entscheiden hat,⁴⁾ daß es ihr aber versagt ist, auf die Anordnung eines Sachverständigengutachtens über den Geisteszustand des Angeklagten Einfluß zu nehmen, wenn sie glaubt, ohne ein solches

1) Vgl. J.-Cl. Art. 306 à 316 Fasc. II Nr. 27; Cass. v. 23.3.1855, B.Nr. 107.

2) Cass. v. 16.1.1836, B.Nr. 19; J.-Cl. a. a. O. Nr. 27 und 28.

3) Art. 315, 316, 243, 240 C. P. P. Wenn das Gesetz den Begriff "cour" verwendet, so meint es jedesmal die "cour proprement dite" im Sinne von Art. 243. Ist der ganze Gerichtshof einschließlich der "jury" gemeint, so spricht das Gesetz von der "cour d'assises" (Art. 240).

4) Das Gesetz v. 15.11.1941 hat an die Stelle des Schwurgerichts ein großes Schöffengericht gesetzt.

Gutachten die Zurechnungsfähigkeit nicht beurteilen zu können oder zu sollen. Man fragt sich, welchen Sinn diese Kompetenzverteilung haben kann und zu wessen Frommen eine einen Beweisantrag ablehnende Entscheidung deshalb aufgehoben wird, weil die Geschworenen mitunterzeichnet haben.¹⁾ Würde es doch für den Angeklagten eine größere Garantie bedeuten, wenn das Gremium, das letztlich über seine Verantwortlichkeit zu urteilen hat, auch über die vorhergehenden Beweisfragen beschlösse. Auch die Anklage kann an dieser Aufspaltung der Befugnisse kein Interesse haben.

Über den Zeitpunkt der Verbescheidung enthält der Art.315 - im Gegensatz zum Art.459 - keinerlei Bestimmung; jedoch kann aus der Vorschrift, daß nur das Gericht im engeren Sinne über einen Beweisantrag entscheidungsbefugt ist, entnommen werden, daß eine Verbescheidung erst mit dem Endurteil, das durch das gesamte Gericht einschließlich der Geschworenen beschlossen wird, ausgeschlossen ist.

Es bleibt jedoch noch die Frage offen, ob die "cour" noch vor der "clôture des débats" - nur bis zu diesem Zeitpunkt können Beweisanträge gestellt werden - verbescheiden muß oder ob sie dies auch noch zu einem späteren Zeitpunkt kann. Nach der Entscheidung vom 10.11.1959²⁾ und noch deutlicher nach der Entscheidung vom 2.2.1961³⁾ wird vom Gericht verlangt, daß es noch vor der "clôture des débats" den

1) Diese Regelung scheint noch aus der Zeit von vor 1941 zu stammen, als die cour d'assises noch tatsächlich "Schwurgericht" war.

2) B.Nr.475.

3) B.Nr.70.

Antragsteller bescheidet, um ihm so Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.¹⁾

2. Die Begründung der Ablehnung

Für die "arrêts séparés", mit denen die "cour" einen Beweisantrag ablehnt, gilt ganz allgemein der Grundsatz, daß sie in ihren Gründen das Endurteil in keiner Beziehung vorwegnehmen dürfen.²⁾ Die Regel wird damit begründet, daß zu befürchten ist, der Richter werde, habe er erst einmal in einem Zwischenurteil Stellung genommen, seine Meinung nicht mehr ändern; er werde das Zwischenurteil durch das Endurteil nicht desavouieren wollen, selbst wenn die weitere Beweisaufnahme das Bild verändern sollte. Es komme noch hinzu, daß das Gericht allein entscheidet, ohne die Geschworenen; deren Entscheidung soll nicht implizite mit dem Zwischenurteil der "cour" beeinflusst werden.

Das Gericht sieht sich mithin vor die Schwierigkeit gestellt, zwei sich widersprechende Regeln zu vereinen: Es muß einerseits die Beweisablehnung gehörig begründen und darf andererseits jedoch in keiner Beziehung eine Überzeugung hinsichtlich der Beurteilung der Strafsache durchblicken lassen. Während die deutsche Strafprozeßrechtsdoktrin das Ziel und den Hauptwert des Begründungszwangs gerade in der Stellungnahme des Gerichts sieht, die es dem Angeklagten ermöglichen soll, die Überzeugung des Gerichts rechtzeitig zu bekämpfen und seine Verteidigung entsprechend einzurichten, hat die französische Regel des "ne pas préjuger le fond" dazu geführt, daß die Richter es ängstlich vermeiden müssen, eine Stellungnahme, die in irgendeiner Beziehung schon zum Endurteil hinführen könnte,

1) a.A. jedoch Cass.v.9.1.1960, B.Nr.10; v19.1.1960, B.Nr.28

2) Art.316 Abs. 2 C.P.P. Der Grundsatz galt bereits nach ständiger Rechtsprechung und ist nunmehr lediglich legalisiert worden.

in den Gründen des ablehnenden Bescheids sichtbar werden zu lassen.¹⁾ Da jedoch die Ablehnung eines Beweisantrags, insbesondere eines Sachverständigenbeweisantrags, immer schon in gewissem Maße die Endentscheidung vorwegnimmt, hüten sich die Gerichte, vor einer ausführlichen Begründung; denn mit ihr ließe sich ein Erkennbarwerden der der Ablehnung zugrundeliegenden Überzeugung kaum vermeiden.

So werden zur Begründung der Ablehnung lapidare, nichtssagende Wendungen gebraucht, die praktisch einem Fehlen der Begründung gleichkommen.²⁾ Hat einmal eine solche Formel der Kassation standgehalten, so wird sie von den Gerichten in der Folge zur Begründung einer Beweisablehnung wörtlich übernommen.³⁾ Und die Gerichte tun gut daran, so zu verfahren; denn auch die kürzesten der Formeln sind vor einer Kassation nicht immer sicher. So hat der Kassationsgerichtshof die Zurückweisung einer subsidiären Frage⁴⁾ mit "qu'il n'y avait pas lieu de poser la question" als unzureichend bezeichnet, wohingegen die Begründung "les débats ne justifiaient pas la position de la question" als ausreichend angesehen wurde.⁵⁾ Beim Sachverständigenbeweis, bei dem sich das Problem in besonderem

-
- 1) Vgl. für den Zeugenbeweisantrag Cass.v.8.10.1959, B.Nr.420; v.15.6.1961, B.Nr.302; für den Sachverständigenbeweisantrag Cass.v.27.7.1905, B.Nr.372; v.6.5.1959, D.59.365; v.7.9.1959, B.Nr.400.
 - 2) Vgl. Anm.D.1959 (Jur.) S.365 zu drei dort zitierten Urteilen.
 - 3) In der Anm.in D.1959 S.365 wird diese Verfahrensbeweise empfohlen, um das Urteil "kassationsfest" zu machen; vgl. auch Cass.v.27.10.1960, B.489; v.7.9.1959, B.Nr.400.
 - 4) Der Präsident legt dem Gericht am Ende der Verhandlung die Fragen vor, die es zur Bildung des Urteils beantworten muß. Wenn die Verteidigung die Stellung einer subsidiären Frage beantragt, so regelt sich dieser Inzidentfall ebenfalls nach Art.316; entsprechende Urteile können daher zur besseren Anschauung des Problems mitherangezogen werden.
 - 5) Cass.v.2.5.1924, B.Nr.187; die Formel der ersten Entscheidung ist zitiert in Anm.in D.1959 Jur.S.365 ff.

Maße stellt - denn wie kann die Zurechnungsfähigkeit gänzlich von der letztlich zu beantwortenden Frage der Schuld getrennt werden? -, hat der Kassationshof in der Formel: "le comportement de l'accusé tant au cours de l'instruction que de son interrogatoire de ce jour ne peut laisser supposer que la cour se trouve en présence d'un déficient mental"¹⁾, bereits einen Ausspruch über die Verantwortlichkeit des Angeklagten gesehen und daher das Urteil wegen Verstosses gegen den Art. 316 Abs. 2 C.P.P. kassiert; das Gericht müsse sich bei derartigen Entscheidungen aller Erörterungen enthalten, die die Geschworenen, wenn auch nur indirekt, bei der Findung des Urteils beeinflussen könnten. Die Begründung, "que l'examen mental n'apparaissait pas indispensable, l'accusé ne paraissant pas présenter de signes de déficience mentale", hat der Kassationshof demgegenüber gebilligt,²⁾ ebenso die Wendung "en présence de la lucidité parfaite du témoin, rien ne l'autorisait à mettre en suspicion la valeur de son témoignage" in einem Falle, in dem ein Sachverständigengutachten über die Zurechnungsfähigkeit eines Zeugen beantragt war.³⁾ Der Unterschied zwischen den bestätigten und den beanstandeten Formeln erscheint jedoch gering. Es liegt daher die Annahme nahe, daß der Kassationshof Urteile unter dem Vorwand einer unvollkommenen Formel aufhebt, wenn er in Wahrheit die Ablehnung der Sache nach für ungerechtfertigt hält.

Für die Ablehnung eines Zeugenbeweises ist die Formel beliebt:

"que le tribunal était suffisamment éclairé
par les débats et que l'audition du témoin
n'était pas indispensable à la manifestation
de la vérité";⁴⁾

diese Formel enthalte einerseits eine ausreichende Begründung der Ablehnung, andererseits vermeide sie jede "opinion préconçue" hinsichtlich der Schuld des

1) Cass.v.19.2.1959, B.Nr.119

2) Cass.v. 6.5.1959, D.59.365

3) Cass.v.27.7.1905, B.Nr.372

4) Cass.v.8.10.1959 B.Nr.420.

Angeklagten. Eine Betrachtung dieser Rechtsprechung ließ den Verfasser der Anmerkung in D.59.365 das Eingeständnis machen, daß die Ablehnungsgründe wegen ihrer Kürze und Ungenauigkeit praktisch keine Begründung darstellen; und er stellte die Frage: "Est-ce vraiment un bon motif de rejet, au pays de Descartes, la constatation que «les débats ne justifiaient pas la position de la question» alors qu'on tient pour insuffisant le motif «qu'il n'y a pas lieu de poser la question» ?"; und er fährt fort: "Motivez, dit-on au président, mais de grâce, ne parlez pas trop du sujet que vous traitez...; on vous reprocherait d'exprimer que votre conviction de la culpabilité de l'accusé est déjà faite."

Mit den gebräuchlichen Formeln wird eigentlich nur noch zum Ausdruck gebracht, daß das Gericht den Antrag geprüft hat. Im übrigen haben die Aufhebungsgründe der Vorwegnahme der Endentscheidung und der Kompetenzüberschreitung dazu geführt, daß die Kunst des Anwalts zum großen Teil darin besteht, vor der cour d'assises die Anträge zu häufen, um dann, wenn dem Gericht bei der Erwiderung ein Formfehler unterlaufen ist, diesen als Kassationsgrund zu benutzen, falls die Strafe zu hoch erscheint.¹⁾

3. Zulässigkeit des Widerrufs einer angeordneten Beweiserhebung

a) Ist die Beweiserhebung vom Vorsitzenden auf Grund seines pouvoir discrétionnaire angeordnet worden, so kann er ohne weiteres jeder Zeit von ihr Abstand nehmen oder sie den Umständen entsprechend abändern. Die Aufhebung oder die Änderung der Beweisordnung bedarf ebensowenig wie die Ablehnung eines beim Vorsitzenden gestellten Antrags eines förmlichen Entscheids.²⁾

1) Vgl. Anm. in D.59.365.

2) Vgl. J.-Cl. Art. 306 à 316 Fasc. II. Nr. 25, 29.

b) Die "cour" kann ebenfalls die von ihr gemäß Art. 315, 316 getroffenen Beweis-
ordnungen abändern oder widerrufen. Ob dies nur mit einem förmlichen Beschluß mög-
lich ist, darüber findet sich nichts in der Literatur und Rechtsprechung. In der
Entscheidung vom 26. Mai 1864¹⁾, die noch heute zitiert wird, bestätigte der Kas-
sationshof einem tribunal correctionnel das Recht, von einer Beweisordnung ohne
ausdrücklichen Widerruf Abstand zu nehmen; der Widerruf erfordere nur dann eine
förmliche Entscheidung, wenn die Verteidigung auf der Durchführung der Beweiser-
hebung bestehe. Man wird annehmen können, daß im Schwurgerichtsverfahren grund-
sätzlich das gleiche gilt.

§ 5. Der Umfang der Beweisaufnahme im Berufungsverfahren

In der Verhandlung vor der "cour d'appel"²⁾ gilt das Prinzip der freien Beweis-
aufnahme ohne jede Einschränkung.³⁾ Das Gericht entscheidet hier nicht nur frei
über die in der Hauptverhandlung gestellten Beweisanträge, sondern es verfügt eben-
so souverän über die präsenten Beweismittel. Dementsprechend verfügen die Parteien

-
- 1) D.P. 64.1.502. In einer Anmerkung wird allerdings an dieser Entscheidung
heftige Kritik geübt. Im Beweisordnungsbeschluß sei die Notwendigkeit
der Beweiserhebung ausdrücklich festgestellt worden; über diese Fest-
stellung könne das Gericht bei Ausbleiben des Zeugen nicht einfach hin-
weggehen, sondern es müsse die Gründe dartun, warum die Vernehmung über-
flüssig geworden sei.
 - 2) Berufungsfähig sind die Urteile des tribunal corr. und des trib.de.pol.,
nicht hingegen die Urteile in Schwurgerichtssachen, Art. 496, 546, 549 C.P.P.
 - 3) Vgl. Garraud Bd. 2 S. 35 ff.; Bouzat, Traité, S. 737, 738; S. 911; Ortolan S. 72 ff.;
Boyer S. 68 ff.; Rép. Crim., Appel Nr. 100; J.-Cl. Art. 510 à 520 Nr. 70, 71, 73, 77.

im Berufungsverfahren auch nicht über ein unmittelbares Ladungsrecht.¹⁾ Sie sind darauf beschränkt, die Ladung von Zeugen beim Vorsitzenden zu beantragen oder vielmehr anzuregen, denn sie haben in keinem Falle ein Recht darauf, daß dem Antrag stattgegeben werde. Die Ermessensfreiheit des Gerichts gilt sowohl für die Anhörung von Zeugen, die bereits in erster Instanz vernommen worden sind als auch für solche, die erst neu in die Verhandlung eingeführt werden sollen.²⁾

Diese Regelung des Beweisverfahrens vor der cour d'appel war schon seit jeher ständige Rechtsprechung,³⁾ obwohl der C.I.C. dies nicht eindeutig zum Ausdruck brachte.⁴⁾ Der C.P.P. hat nunmehr das Prinzip einer freien Beweisaufnahme für das Berufungsverfahren in den Art.513 Abs.2 mit den Worten aufgenommen:⁵⁾

" Les témoins ne sont entendus que si
la cour a ordonné leur audition."

Man begründet diese Regelung damit, daß die Verlesung der Protokolle über die Zeugenaussagen in erster Instanz die erneute Vernehmung ersetze; die Verlesung schone einerseits die im Laufe des Verfahrens schon mehrfach in Anspruch genommenen

1) Vgl. Garraud Bd.2 S.35.

2) Vgl. J.-Cl. wie in Fußnote 3 vor. Seite; Garraud Bd.2 S.35 und die dort in Anm.19 zitierten Entscheidungen.

3) Vgl. F.Hélie, Traité Bd.6 Nr.3061, 3062 und die zitierten Entscheidungen im Table des vingt-deux années, Témoins Nr.184 ff.

4) Man zitierte den Art.175 C.I.C. betr. das Berufungsverfahren in Polizeistrafsachen (man stützte sich hier auf das Wort "pourra") und die Art.211, 190 für das Berufungsverfahren in Korrekionalstrafsachen. Obwohl man die Klausel "s'il y a lieu" des Art.190 für das Korrekionalverfahren in erster Instanz einschränkend zugunsten des Angeklagten auslegte, folgerte man aus ihr für das Berufungsverfahren die völlige Ungebundenheit des Richters.

Vgl. hierzu Garraud, Bd.2 S.35.

5) Vgl. hierzu F.Hélie, 1960, S.264 (Nr.295).

Zeugen, andererseits entsprechen sie dem Prinzip der Prozeßökonomie.¹⁾

Im französischen Schrifttum findet man die Ansicht, daß durch die Verlesung das Prinzip der Mündlichkeit für das Berufungsverfahren weitgehend aufgegeben werde.²⁾

In Wahrheit handelt es sich hier jedoch um das Unmittelbarkeitsprinzip, das schon im Verfahren erster Instanz nicht so streng wie im deutschen Strafprozeß beobachtet wird und das nun für das Berufungsverfahren praktisch keine Gültigkeit mehr besitzt.

Stellt eine Partei in der Hauptverhandlung einen Beweisantrag, so kann das Gericht ihn nur mit einer begründeten Entscheidung ablehnen.³⁾ Die Entscheidung ist jedoch in sachlicher Hinsicht mit der Kassation nicht nachprüfbar. Zur Begründung hob der Kassationshof immer wieder darauf ab, die Vernehmung von Zeugen sei im Berufungsverfahren lediglich fakultativ; die Zurückweisung eines entsprechenden Antrags enthalte daher niemals eine Rechtsverletzung.⁴⁾ Das Berufungsgericht ist nur dann ~~ausnahmsweise~~ einmal zur Aufnahme neuer Beweise verpflichtet,

1) Vgl. Garraud Bd.2.S.36; Rép.Crim., Appel Nr.100.

2) Vgl. Garraud a.a.O.S.37.

3) Cass.v.30.10.1890, B.Nr.212; v.13.12.1890 B.N.253; v.20.10.1892, D.94.1.140; v.14.12.1912, B.Nr.653; Garraud Bd.2 S.36; J.-Cl.a.a.O.Nr.71; nach Cass.v.16.3.1961, B.Nr.172 erübrigt sich jedoch eine Verbescheidung, falls ein beantragtes Sachverständigengutachten offensichtlich außerhalb der Sache liegt; die Antwort ergebe sich aus der Verurteilung.

4) Cass.v.6.12.1872, D.73.1.447: "Attendu...que l'audition de nouveaux témoins sur l'appel est facultative pour la cour saisie de l'affaire; que l'admission ou le rejet de cette mesure est laissé à son appréciation discrétionnaire et souveraine"; daß in diesem Falle der Angeklagte es unterlassen hatte, ein konkretes Beweismittel zu nennen, mithin überhaupt kein beachtlicher Beweis-antrag vorlag, interessierte das Gericht erst an zweiter Stelle, vgl.hierzu auch Garraud Bd.2 S.35 Anm.19; Cass.v.9.8.1872, D.73.5.Témoin.2: Hier hatte eine "cour d'appel" einen Antrag auf Vernehmung neuer Zeugen mit der Begründung abgelehnt: "qu'il était, dès à présent, certain que le prévenu ne saurait apporter, devant la justice, des éléments plus probants que ceux fournis par la procédure.." Diese Begründung enthält eindeutig eine Beweisantizipation: dem Angeklagten wird von vornherein jeder neue Beweis abgeschnitten, weil von einer neuen Beweisaufnahme nichts zu erwarten sei. Der Kassationshof bestätigte die Entscheidung, indem er ausführte: "Attendu qu'en repoussant comme inu-

wenn es das dem erstinstanzlichen Urteil als Beweisgrundlage dienende Protokoll

tile la preuve supplémentaire qui lui était demandée, la cour n'a fait qu'user d'un droit d'appréciation souverain, qui appartient aux juges du deuxième degré, et n'a porté aucune atteinte à l'exercice du droit de défense". Cass.v.20.1.1872, D.73.1.495: Hier wollte die Angeklagte mit neuen Zeugen ein Alibi beweisen. Das Berufungsgericht wies den Antrag zurück, "parce qu'elle trouvait dans l'instruction déjà faite tous les éléments nécessaires pour former sa conviction, et qu'une information nouvelle serait sans objet"; diese Begründung enthält wiederum eine Beweisantizipation. Der Kassationshof billigte die Entscheidung: "Attendu que l'audition de nouveaux témoins en instance d'appel est laissée à l'appréciation des juges!". Der Kassationshof befleißigt sich, immer wieder den Unterschied hervorzuheben zwischen dem Verfahren 1. und 2. Instanz hinsichtlich des Umfangs der Beweisaufnahme, vgl.hierzu noch Cass.v.7.2.1879, D.79.1.89: "Devant la cour d'appel les règles pour l'administration de la preuve testimoniale ne sont pas les mêmes que devant les tribunaux de première instance". Hinsichtlich der freien Ablehnbarkeit von Anträgen, die auf die Vernehmung von erstinstanzlichen Zeugen gerichtet sind, vgl.Cass.v.13.11.1856, D.56.5.448: "il appartient aux juges d'appel de décider si les notes tenues par le greffier présentent de suffisantes garanties d'exactitude et de fidélité". Und wie unerschütterlich an diesem Grundsatz festgehalten wird, zeigt die noch heute zitierte Entscheidung vom 7.4.1860, D.P.60.1.146: Das Gericht erster Instanz hatte den Verteidiger mit einer Strafe belegt, weil er während der Verhandlung den Staatsanwalt mit beleidigenden Worten angegriffen habe. Der Verteidiger legte gegen das Urteil Berufung ein und verlangte in der Berufungsverhandlung die Vernehmung verschiedener Zeugen zum Beweis dafür, daß die ihm zur Last gelegte Wendung in dieser Form nicht gefallen sei. Das Berufungsgericht wies sämtliche Beweisangebote zurück, weil "les faits ont été régulièrement et judiciairement constatés" (nämlich in erster Instanz); es bestätigte darauf die Entscheidung erster Instanz, indem es sich in tatsächlicher Hinsicht einzig und allein auf die Tatsachenfeststellung des erstinstanzlichen Urteils stützte. Die Verteidigung versuchte, mit dem Rechtsmittel der Kassation ihr Recht auf Vernehmung der beantragten Zeugen durchzusetzen. Sie stützte die Kassation vorzüglich darauf, daß es geradezu einen Widerspruch in sich bedeuten würde, auf der einen Seite gegen ein Urteil Berufung - also eine zweite Tatsacheninstanz - zuzulassen, auf der anderen Seite jedoch die in dem angegriffenen Urteil festgestellten Tatsachen für unumstößlich zu erklären. Außerdem komme noch hinzu, daß der Unterrichter kein besonderes Protokoll aufgenommen habe über den Zwischenfall, das nun im Berufungsverfahren hätte als Beweis dienen können, und daß die Feststellungen des gewöhnlichen Sitzungsprotokolls von denen des Urteils abwichen, ein Grund mehr, um neuen Beweis zu erheben. Der Kassationshof bestätigte jedoch die Entscheidung des Berufungsgerichts und führte aus, der ablehnende Entscheid des Berufungsgerichts enthielte implizite die Auffassung des Gerichts, daß es die beantragte Beweiserhebung für unnütz gehalten habe; diese Würdigung sei unangreifbar.

für nichtig erklärt hat und Zeugen, deren Aussagen nunmehr verlesen werden könnten, in erster Instanz nicht vernommen worden sind.¹⁾

Das Prinzip der freien Beweisaufnahme hat dazu geführt, daß die Beweisaufnahme im Berufungsverfahren sich grundsätzlich in der Verlesung der erstinstanzlichen Protokolle erschöpft.²⁾ Das Institut der Berufung als zweite Tatsacheninstanz wird hierdurch in Frage gestellt. Bouzat³⁾ stellt denn auch bedauernd fest: "Cet usage qui s'est instauré par des raisons d'économie a le fâcheux effet de priver le juge qui statue en dernier ressort - et qui devrait donc être le mieux éclairé - de ce précieux élément d'information que constitue la vue et l'audition des témoins." Und Garraud⁴⁾ prägte das Wort "que l'appel consiste à porter une affaire du juge bien informé au juge mal informé".

1) Vgl. Boyer S.68; Ortial S.73; J.-Cl.Art.510 à 520 Nr.75 und die dort zitierten Entscheidungen.

2) Vgl. J.-Cl.Art.510 à 520 Nr.68.

3) Im Rép.Crim., Appel Nr.100 und Traité Nr.1344 S.911.

4) Traité, Bd.2 S.37.

§ 6 Die Rechtsmittel gegen die Ablehnung von Beweisanträgen

Der auffallendste Unterschied zum deutschen Recht besteht darin, daß der C.P.P. unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit einräumt, gegen den ablehnenden Entscheid des Gerichts noch vor Erlaß des Urteils - also während der Hauptverhandlung - Berufung bzw. Kassation einzulegen. (Art.507, 508 und Art.570, 571 C.P.P.). Zwar ist seit dem Gesetz vom 8. August 1935 die Einlegung eines Rechtsmittels grundsätzlich nur zusammen mit der Anfechtung des Endurteils möglich; von diesem Grundsatz bestanden aber und bestehen auch heute noch - wenn auch nunmehr in engerem Rahmen - Ausnahmen.

I. Die Berufung kommt in Frage für die sog. "jugements - avant dire droit" - auch "jugements séparés" genannt - des tribunal correctionnel (Art.496, 507,508) und des tribunal de police (Art.546, 549).

Unter der Herrschaft des C.I.C. bestimmte der Art. 200¹⁾, daß gegen die "jugements-avant dire droit" nur zusammen mit dem Endurteil Berufung eingelegt werden könnte. Der Geschäftsstellenbeamte durfte daher die Berufungserklärung während der Hauptverhandlung nicht entgegennehmen. Hiergegen konnte jedoch der Vorsitzende des Gerichts angerufen werden (Art.200 Abs.3 C.I.C.). Die Regelung des C.I.C. war unklar; sie führte zu Mißbrauch und Prozeßverzögerungen.²⁾ Um solche Unzuträglichkeiten zu vermeiden, hat der C.P.P. die Berufung gegen die "jugements séparés" in Art.507 und 508 in allen Einzelheiten geregelt.³⁾

1) i.d.F. D.-L. 8 août 1935.

2) Vgl. F.Hélie 1960, S.252 Nr.278; als Beispielsfall möge Cass.v.23.7.1958, B.Nr.556 dienen; über drei Jahre hat es gedauert, bis über den Zwischenstreit entschieden und die Bahn für das Endurteil frei war.

3) Vgl.-J.-Cl.Art.498 à 508 Nr.143.

Wenn das Gericht einen "jugement séparé" erlassen hat, der den Prozeß nicht beendet - die Ablehnung eines Beweisantrags ergeht immer in Form eines solchen jugement séparé-, dann kann es nach der neuen Regelung erst dann über die Hauptsache entscheiden, wenn die Berufungsfrist¹⁾ für das Zwischenurteil abgelaufen ist, ohne daß vorher Berufungsantrag gestellt wurde (Art.507).²⁾ Ist Berufungsantrag gestellt, dann muß die Hauptverhandlung bis zur Entscheidung über den Antrag ausgesetzt werden. Über die Zulässigkeit einer unmittelbaren Berufung entscheidet der Vorsitzende der "chambre des appels correctionnels" innerhalb von acht Tagen nach Erhalt der Akte. Er läßt die sofortige Berufung gegen den jugement séparé nur ausnahmsweise zu "dans l'intérêt d l'ordre public ou d'une bonne administration de la justice" (Art.508 Abs.5). Gibt er dem Antrag statt, so wird die Hauptverhandlung vor dem tribunal correctionnel bis zur Entscheidung des Berufungsgerichts ausgesetzt, die innerhalb eines Monats seit der Zulassung der Berufung durch den Vorsitzenden erfolgen muß.

Lehnt der Vorsitzende den Antrag auf sofortige Zulassung der Berufung ab - gegen diese Entscheidung gibt es kein Rechtsmittel -, so kann das tribunal correctionnel zur Urteilsfällung schreiten. Die Berufung über das Zwischenurteil wird in diesem Falle, ohne daß es eines erneuten Antrags bedürfte,³⁾ zusammen mit der nachträglich eingelegten Berufung über das Endurteil verhandelt.

Dieses System erscheint noch immer kompliziert genug. Auch schließt es noch immer erhebliche Prozeßverzögerungen in sich ein. Den Anwälten bietet es eine gute Handhabe, durch Stellung zahlreicher Anträge, gegen deren Ablehnung jeweils

1) gewöhnlich 10 Tage, Art.498 Abs.1.

2) Vgl. J.-Cl.a.a.O.Nr.134, 135.

3) Vgl. F.Hélie 1960, S.253.

Berufungsantrag gestellt wird,¹⁾ den Prozeß in die Länge zu ziehen.

Im französischen Schrifttum wird jedoch die Regelung des C.P.P. gegenüber dem alten Art.200 C.I.C. als ein Fortschritt gewertet. Durch die klaren, bis ins einzelne gehenden Vorschriften und insbesondere durch die Festlegung der Fristen seien Prozeßverzögerungen auf ein Minimum eingeschränkt.²⁾ Zuweilen werden jedoch auch Bedenken angemeldet gegen die Einräumung so weitgehender Garantien, und die Sorge, daß sie Anlaß zu Mißbräuchen werden könnten, wird laut.³⁾ Die Möglichkeit, auf die gesonderte Berufung gegen die den Prozeß nicht abschließenden "jugements-avant dire droit" gänzlich zu verzichten, wird in- dessen nirgends in Erwägung gezogen.

Bislang haben die Anwälte, so scheint es, Disziplin geübt; die weitere Entwicklung wird abzuwarten sein.⁴⁾

II. Ein analoges System gilt für die Kassationsbeschwerde (Art.570, 571). Die Kassation kommt in Betracht für die Zwischenurteile "du dernier ressort", das sind die Entscheidungen, gegen die eine Berufung nicht möglich ist (Art.567). Mit der Kassation sind daher anfechtbar die "arrêts séparés" der cour d'assises und der cour d'appel. Die Voraussetzungen für eine gesonderte Kassation, "l'intérêt de l'ordre public ou la bonne administration de la justice", werden einschränkend interpretiert. Gewöhnlich wird daher die Kassation gegen das Zwischenurteil erst zusammen mit der Kassation gegen das Endurteil geprüft. Im Falle der Ablehnung eines Antrags auf Vornahme eines "examen médico-psychologique" im Sinne des Art.81 letzter Absatz wurde einmal die gesonderte Kassation zugelassen, da

1) aber auch ohne Berufungsantrag muß das Gericht nach dem Wortlaut des Gesetzes seine Entscheidung um die Berufungsfrist hinausschieben, Art. 507 Abs.2; vgl.auch J.-Cl.Art.498 à 508 Nr.134.

2) Vgl. F.Hélie 1960, S.252 ff.,S.277; J.-Cl.a.a.O.Nr.143.

3) Vgl. die Einführung der Ordonnanz vom 4.10.1960,D.60 (L.) 352.

4) wie in Fußnote 3.

der ordre public und eine geordnete Rechtspflege eine sofortige Entscheidung erforderten.¹⁾

Eine Aufhebung des Urteils wegen fehlerhafter Beweisablehnung kann erfolgen,
 weil das Gericht es unterlassen hat, den Beweisantrag
 zu verbescheiden (Art.593 Abs.2);²⁾
 weil das Gericht die Ablehnung nicht oder nicht ausreichend begründet hat (Art.593 Abs.1);
 weil das Gericht seine Kompetenz überschritten hat;
 weil das Gericht gegen das Verbot des Art.316 Abs.2
 - "de ne pas préjuger le fond" - verstoßen
 hat
 oder aus sonstigen Rechtsgründen (Art.591).

Die Nachprüfung des Inhalts der Entscheidung daraufhin, ob die Beweisablehnung gerechtfertigt war, ist ausgeschlossen.

§ 7. Schlußbemerkung

I. Im Verfahren vor dem tribunal correctionnel und dem tribunal de police fällt als besondere Eigenart des Verfahrens das Institut der Beweiskraft polizeilicher Protokolle auf. In einem modernen Strafverfahren, in dem grundsätzlich die freie Beweiswürdigung gilt, wirkt diese Einrichtung befremdlich.³⁾ Durch sie wird die Strafverfolgung stark begünstigt. Im Interessenwiderstreit zwischen den Freiheits-

1) Cass.v.29.4.1960, B.Nr.221

2) Vgl.Rép.Crim., Cassation Nr.334, 336, 337.

3) Im italienischen Recht, das sie zunächst nach französischem Muster eingeführt hatte, ist sie schon seit 1913 beseitigt; vgl.hierzu Florian, 1.Aufl. Bd.1.S.338, 339.

rechten des einzelnen auf der einen und dem Schutz der Gemeinschaft auf der anderen Seite hat der zweite Gesichtspunkt in der Ausgestaltung des Verfahrens ein stärkeres Gewicht erhalten.

II. Für die Aburteilung der Verbrechen hat man vor der cour d'assises einen schwerfälligen, mit vielen Formalitäten belasteten, langsam dahinrollenden Prozeß geschaffen; auf der anderen Seite hat man jedoch, um den Erfordernissen des Prozesses gerecht zu werden, insbesondere um bei gründlicher Wahrheitserforschung einen rascheren Ablauf des Verfahrens zu ermöglichen, beinahe alle zum Schutze des Angeklagten in den Prozeß eingebauten, den raschen Gang des Verfahrens hemmenden Formvorschriften wieder preisgegeben zugunsten der diskretionären Gewalt des Vorsitzenden; sie gestattet ihm Anordnungen, die nach den ordentlichen Prozeßregeln vor der cour d'assises verboten sind.

Man gibt zu, daß der "pouvoir discrétionnaire" des Vorsitzenden notwendig sei zum Ausgleich dafür, daß dem Gerichtshof selbst viele Maßnahmen verwehrt seien, die in anderen Gerichten ohne weiteres auf Grund ihres Instruktionsrechts gestattet sind. Die Frage liegt daher nahe, warum man dann erst für die Wahrheitserforschung nach den ordentlichen Prozeßregeln diese Hindernisse aufbaut, um sie über den Umweg der diskretionären Gewalt des Vorsitzenden in sehr zweifelhafter und für den Angeklagten sehr viel ungünstigerer Form wieder zu beseitigen. So kann sich nach den ordentlichen Prozeßregeln jede Partei der Vernehmung eines jeden nicht ordnungsgemäß in den Listen aufgeführten Zeugen widersetzen. Diese Vorschrift dient dem Schutz der Parteien; eine jede soll ihre Sache gut vorbereiten können, insbesondere auch die Entgegnung auf das Vorbringen und die Beweismittel des Gegners. Überraschungen in der Hauptverhandlung sollen vermieden werden. Diese Garantie ist jedoch praktisch dadurch wieder preisgegeben, daß eine Vernehmung auf Grund des pouvoir discrétionnaire

des Vorsitzenden hingenommen werden muß. Der Ausweg, in diesem Falle nur eine Vernehmung "à titre de simples renseignements" durchzuführen, ist eine Selbsttäuschung, da sich die Praxis im Wege der "intime conviction" schon längst über die Unterschiede zum wahren Zeugenbeweis hinweggesetzt hat.¹⁾ Der mit dem Oppositionsrecht bezweckte Schutz wird also nicht erreicht. Die Kehrseite des Oppositionsrechts ist jedoch, daß die Partei, die sich in der Hauptverhandlung plötzlich genötigt sieht, nun doch noch neue, in der Liste nicht aufgeführte Zeugen vernehmen zu lassen, dem alleinigen Ermessen des Vorsitzenden ausgeliefert ist, der den Beweisantrag ablehnen kann, ohne hierfür seine Gründe bekanntgeben zu müssen. Die Partei sieht sich daher der Garantie eines Gerichtsbeschlusses beraubt, wie er für das Korrektionalverfahren als selbstverständliches Erfordernis der Ablehnung angesehen wird. Trotzdem hat die Prozeßreform diese Zustände nicht angestastet. Sie hat im Gegenteil den pouvoir discrétionnaire des Vorsitzenden eher noch verstärkt,²⁾ wie man überhaupt auf dem Gebiete des Beweisrechts an alter Tradition festgehalten hat, mögen auch die Institute zum Teil überholt sein.³⁾

1) indessen wird noch heute in den Vorlesungen gelehrt, daß ein Zeugnis à titre de renseignements" geringeren Beweiswert besitze als ein "véritable témoignage". Schon Garraud, der den Unterschied für praktisch überwunden ansah, sprach jedoch von ihm als einer "question d'étiquette et d' e n s e i g n e ", Traité Bd.2.Nr.403 S.83,84. Die Unterscheidung der Zeugen in solche, die Beweis liefern, und solche, die nur informationsweise vernommen werden, ist zudem ein Anachronismus in einem modernen Strafverfahren.

2) Vgl. F.Hélie 1960, S.180 (Nr.174).

3) Der pouvoir discrétionnaire wurde von deutschen Schriftstellern schon im vorigen Jahrhundert als unannehmbar bezeichnet (vgl.Mittermaier in GS.1.Jg.Bd.1 S.25 ff.; v.Kries Lb.S.59 ff.) Bei der Abfassung der StPO hatte man denn auch darauf Bedacht genommen, jeglichen pouvoir discrétionnaire des Vorsitzenden auszuschalten; man räumte ihm lediglich die Prozeßleitung ein (vgl.§§ 243,244 StPO a.F.).

D r i t t e s K a p i t e l

Die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme im italienischen Recht

§ 1 Überblick über die gesetzliche Regelung

In Übereinstimmung mit dem deutschen Recht ist die Hauptverhandlung in erster Instanz vor sämtlichen Gerichten - pretore¹⁾, tribunale²⁾, corte d'assise³⁾ - einheitlich geregelt; geringfügige Abweichungen ergeben sich nur für die Verhandlung vor dem pretore und im sog. Schnellverfahren (giudizio direttissimo)⁴⁾. Die im Rahmen dieser Arbeit interessierenden Besonderheiten werden im laufenden Text berücksichtigt.

1. Eine ausdrückliche Regelung der Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme während der Hauptverhandlung, wie sie sich in der deutschen Strafprozeßordnung vor allem in den §§ 244, 245 findet, ist im italienischen codice di procedura penale⁵⁾ ebenso wenig wie im französischen C.P.P. enthalten. Bestimmungen, die sich zumindest implizite auch mit dem Beweis Antrag befassen, finden sich jedoch an verschiedenen Stellen des codice vor allem in den Abschnitten, die der Regelung der der Hauptverhandlung vorgelagerten Prozeßstadien gewidmet sind.

So bestimmt im ersten Buch des c.p.p. der art.145, daß die Parteien und ihre Verteidiger in jedem Stand und in jeder Instanz des Verfahrens beim Richter oder bei

1) Einzelrichter, vgl.hinsichtlich der Zuständigkeit art.31 c.p.p.

2) mit drei Berufsrichtern besetztes Kollegialgericht, vgl.hinsichtlich der Zuständigkeit art.30 c.p.p.

3) Schwurgericht, vgl.hins.der Zuständigkeit art.29 c.p.p.

4) Das Schnellverfahren ist grundsätzlich anzuwenden bei Festnahme auf frischer Tat, art.502 c.p.p. und auf den Fall, daß während der Sitzung eine strafbare Handlung verübt wird (art.435, 436 c.p.p.).

5) v.19.Okt.1930 i.d.F. v.18.Juni 1955. Die ohne Angabe des Gesetzes zitierten Artikel sind solche dieses codice.

der Staatsanwaltschaft schriftliche Eingaben oder Anträge - memorie oder istanze - durch Hinterlegung bei der Geschäftsstelle einreichen können. Der art.145 c.p.p. gilt ganz allgemein für alle Anträge, welchen Inhalt sie auch immer haben mögen. Er gilt mithin auch für den Beweisantrag (istanza oder proposta di prova). Seit der kleinen Prozeßreform von 1955 sind die nach art.145 gestellten Anträge auch dann zu verbescheiden, wenn sie während der Voruntersuchung gestellt sind (art.305 Abs.2).¹⁾

2. Im zweiten Buch über das Vorverfahren bestimmt der art.304 bis ²⁾im Abs.3, daß die Parteien und die Verteidiger während ihrer Anwesenheit bei einzelnen Beweis-erhebungen oder Haussuchungen beim Richter Anträge und Vorbehalte anbringen können.³⁾ Über die Anträge hat der Untersuchungsrichter unmittelbar mit Gerichtsbeschluß zu entscheiden (art.305 Abs.1 c.p.p.n.f.).

Nach art.314 Abs.3 können der Staatsanwalt und die übrigen Parteien beim Untersuchungsrichter die Erhebung eines Sachverständigengutachtens beantragen.

Schließlich ist der Untersuchungsrichter verpflichtet, den Angeschuldigten bei der für die Voruntersuchung vorgeschriebenen Vernehmung (art.365) aufzufordern, Entlastungsbeweise anzugeben (art.367 Abs.2); über die Angaben des Angeschuldigten muß der Richter Nachforschungen anstellen, falls sie zur Feststellung der Wahrheit führen können (art.368).⁴⁾

1) vgl. De Mattia Anm. zu Art.305.

2) neu eingefügt durch Gesetz vom 18. Juni 1955 Nr.517, Legislazione Italiana 1955 Bd.1 S.921.

3) Vgl. auch art.304 quater.

4) Vgl. zum Recht des Angeklagten, während des ganzen Vorverfahrens mündlich und schriftlich Beweisanträge zu stellen, Florian Bd.1 S.294; ders.3. Aufl.1961 S.213.

Die im Vorverfahren gestellten Beweisanträge haben im günstigsten Falle lediglich zur Folge, daß der Richter über sie mit Gerichtsbeschluß entscheiden muß. Die Entscheidung mittels Gerichtsbeschlusses ist z.B. vorgeschrieben für die nach art. 304 gestellten Anträge und neuerdings auch für die nach art.145 während der Voruntersuchung förmlich gestellten Beweisanträge. Gegen die während der Voruntersuchung ergehenden Gerichtsbeschlüsse gibt es jedoch grundsätzlich keine Beschwerde; eine Ausnahme bilden lediglich diejenigen Beschlüsse, die über die Freiheit des Beschuldigten befinden (art.190). Die Ablehnung von Beweisanträgen in der Voruntersuchung ist daher mit keinem Rechtsmittel angreifbar, selbst wenn sie in der Form eines Gerichtsbeschlusses ausgesprochen wurde. Die Entscheidung darüber, wie weit die Beweisaufnahme zu erstrecken ist, steht im freien Ermessen des Untersuchungsrichters ohne jede Kontrollmöglichkeit durch eine übergeordnete Instanz. Auch die Verletzung der Pflicht des Untersuchungsrichters aus Art.368 zieht keine prozessualen Folgen nach sich.¹⁾ Gegen den Richter können lediglich disziplinarische Maßnahmen ergriffen werden.²⁾ Im Schrifttum wird immer wieder betont, daß im Vergleich zur Hauptverhandlung der Richter in der Voruntersuchung eine besonders starke, machtvolle Stellung einnimmt. Die Parteien können zwar den Richter anregen, die Beweisaufnahme noch auf diese oder jene Beweismittel zu erstrecken, der Richter entscheidet darüber jedoch in voller Unabhängigkeit. Die Beweisanträge in der Voruntersuchung sind daher weniger rechtlich als praktisch von großer Bedeutung.³⁾ Der G.p.p. von 1913 machte eine Aus-

1) Obwohl der Wortlaut darauf hindeuten scheint, vgl. hierzu Florian 1.Aufl. Bd.1 S.225 zu art.262 c.p.p. 1913, der dem art.368 nahezu wörtlich entspricht.

2) art.154; art.323 c.p.; vgl. Manzini Bd.4 S.174.

3) Vgl. Florian 1.Aufl. Bd.1 S.239; Bd.2 S.205; 3.Aufl. S.174, 176, 177, 431; Manzini Bd.3 S.280 Nr.316, Bd.4 S.174; Boretini S.308.

nahme von der Unanfechtbarkeit der in der Voruntersuchung erlassenen Gerichtsbeschlüsse hinsichtlich der Ablehnung eines beantragten Sachverständigengutachtens. Die Partei, die das Gutachten beantragt hatte, konnte im Falle der Ablehnung gegen die Entscheidung Berufung einlegen (art. 343 Abs. 3 c.p.p. 1913).¹⁾ Diese Ausnahme wurde damit begründet, daß die Sachverständigengutachten regelmäßig schon in der Voruntersuchung beantragt würden. Mit der Einrichtung der Beschwerdemöglichkeit gegen den ablehnenden Entscheid des Untersuchungsrichters sollte eine erschöpfende Erörterung und Lösung der Frage der Hinzuziehung eines Sachverständigen bereits im Prozeßabschnitt der Voruntersuchung erreicht werden, damit diese Frage die Hauptverhandlung nicht mehr unnötig in die Länge zöge.²⁾ Schon im c.p.p. von 1930 wurde die Beschwerdemöglichkeit des alten art. 343 - aus Gründen der Beschleunigung (!) - wieder beseitigt.

Der Grund für die Unanfechtbarkeit der während der Voruntersuchung ergangenen Entscheidungen ist darin zu finden, daß die Voruntersuchung überwiegend inquisitorisch ausgestaltet ist. Trotz mancherlei Auflockerung und Ausbau der Garantien³⁾ des Angeschuldigten wird die Voruntersuchung im wesentlichen geheim und schriftlich abgewickelt. Der Untersuchungsrichter ist der unumschränkte Herr des Verfahrens. Seinem Ermessen ist es anheimgegeben, welche Beweismittel er erheben und wie weit er die Beweisaufnahme erstrecken will. Auf diese Weise glaubt man, im Stadium der Voruntersuchung der Erforschung der materiellen Wahrheit am besten zu dienen. Auch erwachse dem Angeschuldigten aus dieser Gestaltung des Verfahrens kein Nachteil, da er im Falle der Eröffnung des Hauptverfahrens die in der Voruntersuchung abgelehnten Beweisangebote jederzeit in der Hauptverhandlung wiederholen könne.⁴⁾ Die Ablehnung von Beweisangeboten in der Voruntersuchung muß daher

1) Vgl. die ähnliche Regelung des heutigen Art. 156 C.P.P. in Frankreich.

2) Vgl. Florian 1. Aufl. Bd. 1 S. 225, Bd. 2 S. 461, 462; Boretini S. 309.

3) vor allem seit der kleinen Prozeßreform von 1955.

4) Vgl. Florian 3. Aufl. S. 164; Boretini S. 309.

für eine weitere Betrachtung ausscheiden.

3. Für den Abschnitt der Vorbereitung der Hauptverhandlung enthalten die art. 415, 416, 417, 420 Bestimmungen über die Herbeischaffung des Beweismaterials zur Hauptverhandlung. Danach können die Parteien die Vernehmung von Zeugen, die Hinzuziehung von Sachverständigen und die Herbeischaffung von Urkunden zur Hauptverhandlung beantragen. Über die Anträge entscheidet der Vorsitzende bzw. der pretore. Seine Entscheidung ist unanfechtbar.

Da diese Regelung im Abschnitt der Vorbereitung der Hauptverhandlung einen verhältnismäßig breiten Raum einnimmt und einige sehr wichtige Vorschriften für die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme enthält, muß für das italienische Recht der Beweisanspruch im Prozeßabschnitt der Vorbereitung der Hauptverhandlung - im Gegensatz zum deutschen Recht - ausführlicher behandelt werden.

4. Schließlich bestimmen für die Hauptverhandlung die art. 455, 457, 469, daß während des gesamten Verlaufs der Hauptverhandlung sowohl auf Antrag als auch von Amts wegen neue Beweismittel hinzugezogen werden können. Die Benutzung neuer Beweismittel muß mit Gerichtsbeschluß angeordnet werden. Die Bestimmungen enthalten jedoch nichts darüber, wie im Falle der Ablehnung eines Beweisanspruchs zu verfahren sei. Nach der ständigen Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofs ist der in der Hauptverhandlung gestellte Beweisanspruch im Vergleich zu den Beweisansprüchen, die in den voraufgegangenen Prozeßabschnitten gestellt wurden, mit den größeren Garantien ausgestattet. Mittelpunkt der Erörterung wird daher der in der Hauptverhandlung gestellte Beweisanspruch sein.

§ 2. Die Grundlagen des Beweisantragsrechts

I. Der Begriff des Beweisantrags

In den italienischen Darstellungen des Beweisrechts werden gewöhnlich vier Begriffe unterschieden: *produzione* - *introduzione* oder *ammissione* - *assunzione* - *valutazione di prova*.¹⁾ Hier interessieren nur die beiden ersten Begriffe.

Die "*facoltà di produzione*" entspricht rein formal dem deutschen Beweisantragsrecht; sie ist die Befugnis der Parteien, vom Richter die Erhebung bestimmter Beweise zu verlangen. Ihr gegenüber und sie ergänzend steht nicht etwa eine Verpflichtung, sondern ebenfalls eine Befugnis des Richters, nämlich die "*facoltà di ammissione di prova*". Damit die "*facoltà di produzione*" sich voll entfalten, ihr Ziel, die Erhebung des produzierten Beweismittels, erreichen kann, bedarf es der Zulassung der beantragten Beweise durch den Richter. Aus der "*facoltà di ammissione*" ergibt sich die Stellung des Richters gegenüber den Beweisanträgen. Auf ihren Inhalt wird daher später im einzelnen einzugehen sein.

Die "*facoltà di produzione*" wird ausgeübt mittels "*richiesta*" oder "*istanza di prova*". Welche Erfordernisse eine "*istanza di prova*" aufweisen muß, damit sie den Richter zu einer förmlichen Erwiderung verpflichtet, darüber ist im Schrifttum wenig zu finden. Auch eine Abstufung der Anträge in Beweisantrag, Beweisermittlungsantrag und bloßem Beweiserbieten, wie wir sie im deutschen Recht finden, ist in der italienischen Lehre und Rechtsprechung ausdrücklich nicht anzutreffen; insbesondere deuten im Schrifttum vorkommende Ausdrücke wie "*indicare nuove prove*" und "*eccitare il potere del giudice*" mittels "*istanza di prova*" nicht darauf hin, daß der Richter auf solche "Beweisanregungen" nicht förmlich mittels "*ordinanza*" erwidern müßte.

1) Vgl. Vannini S.138; Bellavista S.157.

Aus den wenigen Fundstellen in Literatur und Rechtsprechung läßt sich folgendes, dem deutschen Recht im wesentlichen entsprechendes Bild zusammensetzen: Das Beweismittel ist unter Angabe der Beweistatsachen zu benennen, über die es Aufschluß geben soll. Dies ergibt sich vor allem aus art.415 Abs.3, der - ähnlich wie der § 219 StPO - im Abschnitt der Vorbereitung der Hauptverhandlung für den Antrag auf Ladung von Zeugen bestimmt:

"se i testimoni non sono stati esaminati nell'istruzione, i fatti e le circostanze, su cui è chiesto l'esame, devono essere specificamente indicati nella lista a pena d'inammissibilità."

Die Vorschrift wird trotz des Erfordernisses "specificamente" dahin ausgelegt, daß es nicht darauf ankomme, das Beweisthema bis ins einzelne gehend zu erläutern; es genüge vielmehr die Angabe des Kernsatzes der Beweisbehauptung, "la essenza schematica, il tenore fondamentale del fatto e delle circostanze da provarsi"¹⁾. Der Richter soll dadurch in die Lage versetzt werden, die Erheblichkeit des Beweisthemas nachzuprüfen.

Was die Bestimmtheit der Angabe des Beweismittels betrifft, so wird es für den Zeugenbeweisantrag als ausreichend angesehen, daß der Zeuge identifiziert werden kann; ist dies möglich, dann kommt es auch nicht auf Irrtümer hinsichtlich der Bezeichnung an, sofern sie nicht auf Böswilligkeit beruhen.²⁾

¹⁾ so Florian, 1.Aufl. Bd.2 S.208,209 für art.367 Abs.4 c.p.p. 1913, der dem heutigen art.415 Abs.3 entspricht. Die Vorschrift des art.367 Abs.4 war sogar noch enger gefaßt: "particolareggiatamente". Florian 3.Aufl. S.433; Manzini Bd.4 S.359; Anm.zu Cass.v.31.3.1952 in Giur. compl. 1952, Bd.1 S.744.

²⁾ Vgl. Florian 1.Aufl. Bd.2, S.217; Aufl.3., S.439.

II. Die Berechtigung zur Stellung von Beweisanträgen

Antragsberechtigt sind die Prozeßsubjekte im eigentlichen Sinn (art.73 ff.), nämlich:

der Staatsanwalt;

die "parte civile", insoweit die Anträge die Durchsetzung ihres bürgerlichrechtlichen Anspruchs betreffen; nach art.306 hat der Verletzte auch dann das Recht, Beweise anzugeben und neue Nachforschungen zu beantragen, wenn er sich nicht zur Zivilpartei hat erklären lassen;

der Angeklagte (l'imputato);

la persona responsabile civile;

la persona civilmente obbligata per l'ammenda;

diese beiden letzteren haben dieselben Rechte wie der Angeklagte, was die Verteidigung ihrer bürgerlichrechtlichen Interessen anlangt (art.123).¹⁾

Den Verteidigern der Parteien steht ein selbständiges Antragsrecht zu.²⁾

§ 3. Der Beweisantrag im Prozeßabschnitt der Vorbereitung der Hauptverhandlung

1. Im Gegensatz zum deutschen und französischen Recht steht den Prozeßbeteiligten im italienischen Strafverfahren keine unmittelbare Ladungsgewalt zu. Sie müssen sich in jedem Fall mit ihren Wünschen an den Vorsitzenden wenden. Zu diesem Zweck kann jede Prozeßpartei bei der Geschäftsstelle eine Liste einreichen, in der sie unter Angabe der Tatsachen die Zeugen benennt, die sie in der Hauptverhandlung vernommen wissen will. Die Angabe von Tatsachen erübrigt sich bei Zeugen, die schon in der Voruntersuchung vernommen worden sind.

1) Vgl. zum ganzen: Florian, 1.Aufl.Bd.1 S.242 ff, 3.Aufl.S.179

2) Vgl. Bellavista S.130.

Hier genügt der Hinweis auf die entsprechenden Akten (art.415 Abs.3).¹⁾

Die Listen müssen bei der Geschäftsstelle so rechtzeitig eingehen, daß die Ladung noch ausgeführt werden kann, mindestens jedoch drei Tage vor der Hauptverhandlung, andernfalls sind die Parteien mit ihrem Recht auf Vorschlag von Zeugen ausgeschlossen (art.415 Abs.1).

Vor dem Einzelrichter, vor dem Berufungsgericht und im sogenannten Schnellverfahren können die Parteien auch ohne vorgängige Einreichung von Listen Zeugen unmittelbar zur Hauptverhandlung stellen (art.415 Abs.2, 503 Abs.2, 520 letzter Absatz), jedoch ebenfalls vorbehaltlich der Befugnis des Richters, die gestellten Zeugen zur Vernehmung zuzulassen oder sie abzulehnen. Damit dem Richter die Prüfung der Zweckmäßigkeit ihrer Vernehmung ermöglicht wird, müssen die Parteien ihre Zeugen schon zu Beginn der Hauptverhandlung vorführen (art.439 Abs.2).²⁾

Statt der Ladung des Zeugen kann auch die Verlesung seiner Aussage beantragt werden (art.415 letzter Abs.)³⁾.

1) Vgl. Manzini Bd.3 S.284.

2) Vgl. Manzini Bd.3 S.281, Nr.316; Cass.v.4.1.1938, Carrara, Riv.pen.1938 Nr.308; vgl. auch Cass.v.28.11.1921, La proc.pen.1922 Nr.65; die Gestellungsmöglichkeit soll der größeren Einfachheit und Schnelligkeit des Prozesses vor dem Einzelrichter dienen. In kleinen Orten können Zeugen oft durch freundschaftliche Bitte zum Mitkommen in die Verhandlung veranlaßt werden. Die Förmlichkeiten und Kosten der Ladung sollen so erspart werden, vgl. hierzu auch Cass.v.16.6.1959 in Riv.it.dir.proc.pen.1960 S.617 u.dort die Anm.von Lazzi. Nach Dosi, Sull'inammissibilità dei testimoni nel procedimento pretorile, in Riv.dir.proc.pen.1957 S.219,220, kann der Einzelrichter die gestellten Zeugen schon deshalb zurückweisen, weil es der Partei möglich gewesen wäre, die Zeugen drei Tage vorher in einer Liste einzureichen.

3) Diese Vorschrift soll ebenfalls der Vereinfachung und der Kostenersparnis dienen, vgl. Relaz.al Re sul cod.del 1913 S.65 in Codici Barbèra S.74; Manzini Bd.3.S.284; nach Leone, Lineamenti S.397, handelt es sich hierbei um eine "grave, e non facilmente giustificabile, frattura nel sistema dell'oralità del dibattimento". Es ist jedoch weniger das Mündlichkeits- als vielmehr das Unmittelbarkeitsprinzip verletzt.

Die Parteien, die diesen Antrag nicht gestellt haben, können in ihren Listen die Ladung beantragen. Will der Richter die Zeugenaussage in diesem Falle verwerten, so muß er dem Ladungsantrag stattgeben und darf sich nicht mit der bloßen Verlesung der Aussage begnügen.¹⁾ Die Listen müssen nicht mehr, wie es vordem der art. 468 c.p.p. 1865 nach französischem Vorbild vorschrieb, der Gegenpartei bekanntgemacht werden, auch im Schwurgerichtsprozeß nicht.²⁾ Statt dessen können die Parteien die Liste des Gegners in der Geschäftsstelle einsehen; damit sind ihre Interessen genügend gewahrt.³⁾ Die Parteien müssen die Kosten für die Ladungen und die Entschädigungen für ihre Zeugen vorstrecken, wenn sie nicht das Armenrecht zugewilligt bekommen haben (art. 419).

2. Trotz der Kostenvorstreckungspflicht haben die Prozeßbeteiligten keinen Anspruch darauf, daß ihre in den Listen benannten Zeugen zur Hauptverhandlung geladen werden. Die Listen werden vielmehr vom Vorsitzenden bzw. vom Einzelrichter geprüft und gegebenenfalls gekürzt, gleichgültig, ob die Zeugen vom Staatsanwalt oder den übrigen Parteien vorgeschlagen wurden, ob sie auf Staatskosten oder private Kosten zu laden sind.

In drei Fällen ist die Streichung von Zeugen obligatorisch:

1. selbstverständlich dann, wenn die Vernehmung des Zeugen unzulässig ist,
2. aber auch dann, wenn das Zeugnis unerheblich ist,⁴⁾
3. wie auch im Falle, daß die Zeugenliste überreichlich erscheint (art. 420 Abs. 1).

In den beiden letzten Fällen, vor allem im Falle der Überzahl der beantragten Zeugen, ist dem Ermessen des Vorsitzenden naturgemäß ein weiter Spielraum gelassen, zumal da der Vorsitzende die Zahl der Zeugen ohne vorherige Anhörung der Partei be-

1) Vgl. Relazione al Re sul codice del 1913 in Codici Barbèra S. 77; Manzini Bd. 3 S. 285.

2) Art. 39, 40 des Gesetzes v. 10. Apr. 1951, Nr. 287 in legislazione italiana S. 618; Manzini Bd. 3 S. 283.

3) Relazione al Re sul c.p.p. 1930 in Lavori preparatori Bd. 12 Nr. 133 S. 63; Boretini S. 184.

4) In art. 420 Abs. 1 heißt es sogar stark einschränkend, "wenn sich das Zeugnis nicht unmittelbar auf den Prozeßgegenstand bezieht".

schränken kann; der Prozeßpartei ist für diesen Fall nicht mehr, wie es vordem der art.371 c.p.p. 1913 vorschrieb, die Auswahl der Zeugen zu überlassen (art.420 Abs.2)¹⁾. Der Vorsitzende kann jedoch die Parteien auffordern, Änderungsvorschläge zu unterbreiten, wenn ihm dies zweckmäßig erscheint.²⁾

Hält der Vorsitzende die Vernehmung sämtlicher in einer Liste aufgeführten Zeugen für überflüssig, so kann er die ganze Liste zurückweisen.³⁾

Die Reduzierung der Zeugenliste geschieht durch begründete Verfügung - decreto motivato (art.420 Abs.2)⁴⁾ - des Vorsitzenden, die auf der Geschäftsstelle eingesehen werden kann. An die Begründung werden jedoch nur geringe Anforderungen gestellt. Es genügt, wenn der Vorsitzende die Vernehmung des Zeugen für überflüssig erklärt; auch kann der Vorsitzende sich mit einem einfachen Hinweis auf die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Maßnahme begnügen. In keinem Falle braucht er sich auf die Gründe und Schlußfolgerungen der Parteianträge im einzelnen einzulassen.⁵⁾

1) Das Änderungsgesetz v.18.6.1955 hat diese seit 1930 beseitigte Vorschrift nicht wieder eingeführt, obwohl die Abschaffung seinerzeit sehr umstritten war (vgl. *Lavori preparatori* Bd. IX 4a S.51). Die Parlamentskommission hatte vorgeschlagen, wenigstens bei Überzahl der Zeugen den Parteien die Auswahl zu überlassen (*Lavori preparatori* Bd. XII S.63 Nr.134). Kritik an der Befugnis des Vorsitzenden, Zeugen vor ihrer Ladung auszuwählen, findet sich bereits in den Vorarbeiten zu einer Strafprozeßordnung v.1902 (*Lavori preparatori* 1902, S.334, 336, 348).

2) Vgl. *Manzini* Bd.3 S.285, 286.

3) *Cass.v.3.6.1918*, *Sasso*, *La proc.pen.* 1919 Sp. 309 Nr. 125; *Manzini* Bd.3 S.385.

4) Gewöhnlich muß ein "decreto" nicht begründet werden, art.148.

5) Vgl. *Cass.v.29.12.1914*, *Riv.pen.* LXXXII S.707 (*Petrucelli*); *Lattanzi Anm.* zu art.420 S.179; *Manzini* Bd.3.S.286.

3. Gegen die Verfügung, mit der der Vorsitzende die Zeugenliste reduziert, gibt es kein Rechtsmittel. Die Parteien vermögen daher, zumal da ihnen auch kein selbstständiges Ladungsrecht zusteht, die Ladung der Zeugen zur Hauptverhandlung nicht durchzusetzen. In der Hauptverhandlung kann jedoch die Vernehmung der von der Liste gestrichenen Zeugen erneut beantragt werden.¹⁾ Dies muß gleich zu Beginn der Hauptverhandlung nach Beendigung der Eröffnungsförmlichkeiten geschehen, andernfalls sind die Parteien mit ihrem Recht auf Verhandlung über die Verfügung des Vorsitzenden ausgeschlossen (art.439 Abs.2), und es kann keine Kassationsbeschwerde darauf gestützt werden.²⁾ Über den Antrag entscheidet das Gericht mit förmlichem Beschluß (ordinanza). Gegen den Gerichtsbeschluß kann gegebenenfalls Kassationsbeschwerde erhoben werden.³⁾

4. Innerhalb der für die Einreichung der Zeugenlisten geltenden Fristen (art.415) können auch die Herbeischaffung von Urkunden sowie die Ladung der in der Voruntersuchung gehörten Sachverständigen beantragt werden (art.416).

Wünscht eine Partei das persönliche Erscheinen des Sachverständigen in der Hauptverhandlung, dann ist es zweckmäßig, seine Ladung zu beantragen, denn gewöhnlich werden in der Hauptverhandlung lediglich die bereits erhobenen Gutachten verlesen (art.451). Der Antragsteller muß auch in diesem Falle die Kosten für die Ladung vorschießen (art.419).

-
- 1) Vgl. Relazione sul progetto definitivo del c.p.p. del 1939, Lavori preparatori Bd. X S.56; vgl. hierzu auch die verbali della Commissione parlamentare von 1930, Lavori preparatori Bd. XI S.175: Wegen der Erneuerungsmöglichkeit des Antrags in der Hauptverhandlung sei ein Rechtsmittel gegen die Verfügung des Vorsitzenden nicht erforderlich. Florian 3. Aufl. S.440, 441; Manzini Bd.3 S.286, 287; Leone, Lineamenti S.398.
- 2) Florian 3. Aufl. S.440, 441; Manzini Bd.3 S.292; Leone Lineamenti S.398; Boretini S.179; 293; die Ausschußfrist wird jedoch dadurch gemildert, daß die Partei unabhängig von dem Widerspruch gegen die Verfügung während der ganzen Hauptverhandlung die Vernehmung des Zeugen anregen kann, vgl. Dosi, Sul principio del libero convincimento S.39; Boretini S.179; Manzini Bd.4 S.344; Bellavista S.221.
- 3) Lattanzi Anm. zu art.420.S.179; Florian 3. Aufl. S.440, 441.

Die Hinzuziehung eines neuen, in der Voruntersuchung noch nicht gehörten Sachverständigen kann innerhalb der Fristen des Art.415 nur dann beantragt werden, wenn es sich um Feststellungen handelt, die noch nicht Gegenstand eines vorgängigen Gutachtens waren (art.417 Abs.1).

Der Vorsitzende entscheidet auch über diese Anträge nach seinem Ermessen.¹⁾ Die Anträge können jedoch ebenfalls zu Beginn der Hauptverhandlung wiederholt werden (art.439 Abs.2).²⁾

Die Überprüfung sämtlichen zur Hauptverhandlung herbeizuschaffenden Beweismaterials durch den Vorsitzenden hielt der italienische Gesetzgeber für notwendig, um eine übermäßige Ausdehnung der Hauptverhandlung durch unnütze Beweiserhebungen von vornherein auszuschalten. Die Pflicht der Parteien, die Kosten für die Ladungen vorzuschießen, wurde nicht als ausreichendes Korrektiv angesehen.

§ 4. Der Umfang der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung

I. Die Ablehnung von Beweisanträgen

1. Zeitpunkt und Form der Stellung von Beweisanträgen

Gegen die Ablehnung der vor der Hauptverhandlung gestellten Beweisanträge muß sogleich zu Beginn der Hauptverhandlung Einspruch erhoben werden. Soweit es sich jedoch um die Erhebung von Beweismitteln handelt, deren Herbeischaffung nicht schon während der Vorbereitung der Hauptverhandlung beantragt worden ist, können entsprechende Beweisanträge noch während der ganzen Hauptverhandlung bis zum Schluß der Beweisaufnahme und ausnahmsweise auch noch während der Schlußvorträge gestellt werden (art.439 Abs.2,455,457,469).³⁾ Voraussetzung ist, daß die Existenz des Be-

1) Art.416:"I periti... p o s s o n o essere citati su richiesta del pubblico ministero e delle altre parti";art.417:"Se il presidente o il pretore r i t i e n è di accogliere tale domanda...";vgl.Boretini S.293.

2) Vgl.Manzini Bd.3 S.349,350; Leone, Lineamenti S.400,401.

3) Vgl. Manzini Bd.3 S.292.

weismittels nachgewiesen wird (art.457 Abs.2).

Die Beweisanträge werden mündlich oder schriftlich (art.145) beim Gericht gestellt.

2. Die Stellung des Gerichts gegenüber den in der Hauptverhandlung gestellten Beweisanträgen

a) Über einen Beweisantrag, gleichgültig auf welche Beweismittelart er sich bezieht, entscheidet das Gericht nach seinem freien Ermessen. Die Entscheidung ist inhaltlich durch den Kassationshof nicht nachprüfbar.¹⁾

Die freie Ablehnungsbefugnis des Richters wird einmal aus dem Wortlaut des Gesetzes gefolgert. Sowohl in art.455 (für den Sachverständigenbeweis) als auch in Art.457 (für die übrigen Beweismittel) ist gesagt, daß der Richter neue Beweise erheben kann. Aus dem Worte "kann" wird mittels argumentum e contrario gefolgert, daß der Richter niemals verpflichtet sei, einem Beweisantrag stattzugeben; die Anordnung neuer Beweiserhebungen stelle vielmehr lediglich eine Befugnis - *facoltà di ammissione* - des Richters dar, deren Ausübung durch Stellung von Beweisanträgen angeregt werden könne.²⁾ Zum andern wird zur Begründung ange-

1) Aus der Vielzahl der Urteile können nur einige Beispiele herausgegriffen werden: Cass.v.5.3.1942, Riv.pen.1942 S.590 Nr.348.
v.10.11.1948, Graziosi, Giust.pen.1949 III Sp.97.
v.28.2.1949, Vandini, Giust.pen.1949vIII Sp.243 Nr.126.
v.4.3.1949, Ninno ed altri, Giust.pen.1949 III Sp.247 m.140; Cass.
v.26.10.1949, Bucri ed altri, riv.it.dir.pen.1950 S.136.
v.29.5.1950, Migliavacca, Giur.compl.1950 Bd.2.Nr.4054.
v.2.12.1950, Cavaliere, Riv.it.dir.pen.1950, S.834.
v.27.3.1953, ric.PM c.Demontis, Giur.Compl.1953 Bd.6 Nr.4733 (allgem.Grenze: Willkür).

Das Schrifttum schließt sich im wesentlichen dieser Rechtsprechung an, ohne im einzelnen hierzu Stellung zu nehmen vgl.Lattanzi Anm.zu art.457 S.214; Manzini Bd.3 S.343,456,203; Floriani 1.Aufl.Bd.1 S.195, Bd.2 S.366 ff., 367, 3.Aufl.S.145,146; De Mattia Anm.zu art.457; Boretini S.318,301; lediglich Foschini war einmal in seiner Schrift "Il Dibattimento" S.149, die Frage nach den Grenzen des Ermessens bei der Beweisablehnung auf und inwieweit eine Nachprüfung durch den Kassationsgerichtshof in dieser Richtung zuzulassen sei. Er ließ es jedoch bei der Fragestellung bewenden.

2) Vgl.Boretini S.117, 118.

führt, daß das Gesetz für die Zulassung neuer Beweise noch während der Hauptverhandlung auf die Notwendigkeit¹⁾ der Maßnahmen abstelle. Die Feststellung der Notwendigkeit obliege jedoch naturgemäß dem Richter. Notwendigsein im Sinne des Gesetzes bedeute daher, daß der Richter die Maßnahme zur Erforschung der Wahrheit für erforderlich hält.²⁾ Die Feststellung der Notwendigkeit sei zudem Tatsachefeststellung und unterliege daher der freien Beweiswürdigung des Richters.³⁾ Schon aus diesem Grunde sei dem Kassationshof eine Nachprüfung darüber verwehrt, ob die beantragte Beweiserhebung im einzelnen Fall tatsächlich erforderlich gewesen ist und ob der Richter daher den Beweisantrag zu Unrecht abgelehnt hat.⁴⁾ Daß der Richter nicht an die Parteianträge gebunden ist, entspreche auch allein dem Ansehen und der Würde der Justiz.

1) Für die Ortsbesichtigung und für die Beweiserhebungen noch während der Schlußvorträge stellt das Gesetz sogar auf die absolute Notwendigkeit ab (art.457 Abs.1,469); vgl. auch hierzu Siracusano S.156 und S.154 Nr.114.

2) Cass.v.16.3.1921, Toniolo, La proc.pen.1921 Sp.438: wenn es im Gesetz heißt: "quando occorra cioè al giudice risulti necessaria"; Cass.v.5.5.1949, Antelitana, Giust.pen.III Sp.475 Nr.340: "La perizia, come qualsiasi altra indagine diretta all'accertamento della verità, è disposta dal giudice purchè sia necessaria ai fini del processo, cioè quando egli ritiene che il giudizio del tecnico indispensabile.." Cass.v.24.11.1949 Sangiacomo ed altro, Giur. compl. 1949, II Nr.4384; Foschini, II dibattimento, S.149; Borettini S.117; vgl. demgegenüber die Formulierung von Niethammer in Sauer-Festschrift S.37 und in der übrigen deutschen Literatur, die auf objektive Elemente abstellt.

3) Vgl. Borettini S.236, Florian 1.Aufl.Bd.2 S.368; Anm.zu Cass.v.10.7.1948, Grande, Giust.pen.1948 III S.375.

4) Vgl. Cass.v.28.3.1950, Pescador, Riv.pen.1950 II S.634 Nr.218; Cass.v.9.10.1950, Zanichelli Giust.pen.1951 Sp.168 Nr.130; v.4.7.1949, Battaglini Giur.compl.1949 Bd.2 Nr.4160; v.10.11.1948 Graziosi, Giust.pen.1949 III Sp.97; v.10.12.1941 Cesa-retti, Riv.pen.1942 S.118 Nr.2649; Cass.v.22.6.1953, Giur.compl.1953 Bd.3 Nr.2849; Manzini Bd.3 S.203; Florian 3.Aufl.S.145, 146.

Obwohl die Ablehnung in der Regel nicht nachprüfbar ist, muß das Gericht sie mit Gründen rechtfertigen. Das Fehlen von Gründen - mancanza di motivazione - bedeutet einen revisiblen Verstoß. Darüber hinaus kann der Kassationshof nur einschreiten, wenn die Gründe rechtliche Fehler aufweisen, wenn sie widersprüchlich sind oder wenn sie auf offensichtliche Willkür schließen lassen.¹⁾

b) Der italienische Richter muß danach - wie seine ausländischen Kollegen - einen Beweisantrag ablehnen, wenn die Erhebung des Beweises rechtlich unzulässig ist.

Das italienische Strafverfahrensrecht kennt wie das deutsche und französische Recht sowohl absolute wie relative Beweisverbote.²⁾

Die relativen Beweisverbote stimmen im wesentlichen mit denen des deutschen Rechts überein. So ist auf dem Gebiet des Zeugenbeweises vor allem das Zeugnisverweigerungsrecht zu beachten. Hat z.B. ein Zeuge von einem ihm zustehenden Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht, so scheidet er als zulässiges Beweismittel aus.

Zeugnisverweigerungsberechtigt sind die nahen Angehörigen des Angeklagten (art.350 c.p.p., art.307 Abs.4 c.p.)³⁾ und die Angehörigen bestimmter Berufsgruppen (art.351, 450).⁴⁾ Hat sich ein naher Angehöriger des Beschuldigten jedoch trotz Belehrung zur

1) Cass.v.28.3.1950, Pescador Riv.pen.1950 II S.634 Nr.218; v.29.5.1950, Migliavacca, Giur.compl.1950 Bd.2 Nr.4054; v.27.3.1953, Giur.Compl.1953 Bd.6 Nr.4733; v.19.1.1950, Giur.compl.1950 Nr.1267; v.13.10.1955, Giur.compl.1955 Bd.4-6 Nr.2626; v.11.10.1955 Giur.compl.1955 Bd.4-6.3778; v.24.11.1949, Giur.compl.1949 Bd.2 Nr.4384; v.5.5.1949, Giust.pen.III Sp.475 Nr.340; v.11.3.1949, Mancani, Giust.pen.1949 III Sp.424 Nr.273; v.9.10.1950, Zanichelli, Giust.pen.1951 Sp.168 Nr.130; v.4.3.1949, Ninno ed altri, Giust.pen.1949 III Sp.247, Nr.140; v.6.5.1953 Giur.compl.1953 Bd.3 Nr.2302: Hier wurde ein Antrag auf Ortsbesichtigung mit der Begründung zurückgewiesen, der Richter kenne den Tatort aus eigener Anschauung. Diese Begründung wurde als rechtlich fehlerhaft angesehen, da das private Wissen des Richters nicht verwertbar sei. Da an die Gründe geringe Anforderungen gestellt werden - es genügt in der Regel die Wiederholung des Gesetzeswortlauts -, bleibt das Kassationsmittel der rechtlich fehlerhaften Begründung im allgemeinen ohne Erfolg.

2) Vgl. Florian 3.Aufl.S.77 ff.

3) Vgl. Florian 3.Aufl.S.410 ff.

4) Vgl. Florian 1.Aufl.S.394.ff.

Aussage bereit gefunden, so kann er - anders als im deutschen Recht - im weiteren Verfahren die Aussage nicht mehr verweigern (argumentum e contrario aus art.350 Abs.3 u.4).¹⁾ Ist die vorherige Belehrung pflichtwidrig unterblieben, so kann der Zeuge noch in jedem späteren Stadium des erstinstanzlichen Verfahrens das Zeugnis verweigern (art.350 Abs.4). Nach dem Gesetzeswortlaut scheint in diesem Falle auch jede anderweitige Benutzung der im Vorverfahren gemachten Aussage untersagt. In der Rechtsprechung wird jedoch der art.350 Abs. 4 restriktiv ausgelegt. Nur die Verlesung der Polizeiprotokolle ist danach untersagt, die Vernehmung der Polizeibeamten ist dagegen möglich.²⁾

Der italienische c.p.p. kennt - ähnlich wie das französische Recht - nicht die strengen Urkundenbeweisverbote, die im deutschen Strafprozeß der Durchführung des Unmittelbarkeitsprinzips dienen (art.462, 463, 465, 466). So wird nicht nur wie im deutschen Strafverfahren der Augenscheinsbeweis durch Verlesung des

-
- 1) Vgl. Manzini Bd.3 S.257; der Angehörige einer zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsgruppe braucht hingegen auf sein Weigerungsrecht nicht hingewiesen zu werden, art.351; vgl. hierzu Manzini Bd.3 S.265.
 - 2) Cass.v.11.4.1961, Riv.it.dir.e proc.pen.1961 S.1226 mit Anm.v.Dosi; vgl. auch die dort angegebenen Literatur- und Rechtsprechungsnachweise. Richter, Staatsanwälte und Urkundsbeamte scheiden schon wegen des Verbots des art.450 Abs.2 für eine Vernehmung als Verhörspersonen aus.- Mit dieser Entscheidung wird an die alte Rechtsprechung angeknüpft, vgl. die bei Florian 1. Aufl. Bd. 2 S.139 Anm.1 ff. angeführten Entscheidungen. Dosi a.a.O. S.1227 gibt zu, daß mit dieser Rechtsprechung die Absicht des Gesetzgebers von 1955 oft vereitelt werde. Die neuere Literatur stimmt dieser Rechtsprechung jedoch im wesentlichen zu: vgl. Manzini Bd.3 S.259 u. ebenda Anm.2; Florian 3.Aufl.S.412, 413 (die entgegengesetzte Ansicht wurde noch in der 1.Aufl. S.139 ff, 142 vertreten); D'Aniello, Anm.zu art.350; Leone, Lineamenti S.338.

Protokolls in den Prozeß eingeführt (art.463), sondern darüber hinaus auch der Sachverständigenbeweis gewöhnlich durch Verlesung der in der Voruntersuchung angefertigten Gutachten aufgenommen (art.451). Auch die Verlesung von Zeugenaussagen ist weitgehend zulässig (vgl. vor allem den vorletzten Absatz des art.462).¹⁾ Nach art.466 können u.a. auch die Polizeiberichte verlesen werden, nach der Rechtsprechung selbst dann, wenn sie Zeugenaussagen enthalten.²⁾ Zugunsten einer straffen Durchführung des Verfahrens wird auf das Unmittelbarkeitsprinzip weitgehend verzichtet.

Auffallend ist das Beweistatsachenverbot, über Charaktereigenschaften einer Person Beweis zu erheben. So erklärt der art. 314 Abs.2 die Einholung eines psychologischen Gutachtens für unzulässig.³⁾ Nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift kann danach ein Sachverständiger weder über die Gewohnheits- und Gewerbsmäßigkeit, noch über den Hang zu Verbrechen, den Charakter und die Persönlichkeit des Angeklagten gehört werden, wenn die Untersuchung unabhängig von pathologischen Ursachen erfolgen soll.⁴⁾

- 1) Carnelutti, Principi S.109 übt scharfe Kritik an der weitgehenden Verlesbarkeit der in der Voruntersuchung gemachten Aussagen und möchte sie in einem künftigen Strafverfahren nur auf die notwendigen Fälle, in denen die Wiederholung der Vernehmung in der Hauptverhandlung unmöglich ist, beschränkt wissen.
- 2) Cass.v.21.1.1953, Celli,Riv.it.dir.pen.1953 S.374 mit kritischer Anm.von Foschini. Nach der Entscheidung sind die Zeugenaussagen in den Berichten "objektiviert", so daß es sich in Wahrheit nur um Urkundenbeweis und nicht um Zeugenbeweis in der Form von Verlesung handele. Das Unmittelbarkeitsprinzip werde hierdurch nicht verletzt. Heftige Kritik dieser Rechtsprechung auch bei Foschini, Il dibattito S.131 ff., 134. Die Rechtsprechung wird bejaht von Manzini Bd.3 S.312.
- 3) Cass.v.10.11.1948, Graziosi, Giust.pen.1949 III Sp.97:
Hier wäre bereits ein psychiatrischer Sachverständiger am Platze gewesen. Es handelte sich um Gattenmord. Das Gericht wies jedoch ein beantragtes Gutachten über den Angeklagten als gegen den art.314 Abs.2 verstossend ab. Vgl.hierzu die heftige Kritik von D'Ormea in Giust.pen.1949 I Sp.16.
- 4) Dies, obwohl die Erklärung eines Täters zum Gewohnheits-oder gewerbsmäßigen Verbrecher oder zum Hangverbrecher Maßnahmen der Sicherung und Besserung nach sich zieht(art.109 c.p.), wobei für den Gewohnheitstäter die Mindestdauer der Maßnahme zwei Jahre beträgt, für den Hangtäter sogar 4 Jahre (art.217 c.p.);vgl.demgegenüber § 246 a StPO. Heftige Kritik an dem Verbot des art.314 übt Borettini S.140 ff.

Auch die Einholung eines psychologischen Gutachtens zur Würdigung einer Zeugenaussage fällt unter das Verbot des art. 314.¹⁾

Das entsprechende Verbot für den Zeugenbeweis findet sich in den art. 450, 349 Abs. 5. Danach sind Leumundszeugen im italienischen Recht ausgeschlossen. Eine Ausnahme besteht nur für die Feststellung der Persönlichkeit des Angeklagten; es muß sich hierbei um fest umrissene Tatsachen handeln, die auf die Persönlichkeit des Angeklagten im Zusammenhang mit seiner Tat oder auf seine soziale Gefährlichkeit schliessen lassen. Eine entsprechende Ausnahme gilt für die Feststellung der Persönlichkeit des Verletzten, wenn die Tat des Angeklagten im Zusammenhang mit

1) Vgl. demgegenüber die entgegengesetzte Entwicklung in Deutschland. Dem deutschen Richter wird es immer mehr zur Pflicht gemacht, in nicht ganz einfach gelagerten Fällen zur Würdigung von Zeugenaussagen, die für den Prozeß entscheidend sind, einen psychologischen Sachverständigen zu Rate zu ziehen.

Im französischen Recht findet man ebenfalls kein dem art. 314 Abs. 2 c.p.p. entsprechendes Verbot, wenn auch in praxi von psychologischen Sachverständigengutachten wenig Gebrauch gemacht wird. Auch in Frankreich hegt man noch großes Mißtrauen gegen die "junge Wissenschaft" und vertraut lieber auf die Menschenkenntnis des Richters. Eine psychologische Begutachtung ist im französischen Code nur in der Form des "examen médicopsychologique" ausdrücklich vorgesehen, das aber nicht als eigentliches Sachverständigengutachten im klassischen Sinne gilt. Es soll zusammen mit der allgemeinen Erforschung der Persönlichkeit des Angeklagten dazu dienen, die Strafe zu individualisieren. Die Verfechter der "difesa sociale" in Italien lehnen daher das Verbot des art. 314 scharf ab, basiert doch das System auf der Kenntnis der Persönlichkeit des Angeklagten, die mit allen Beweismitteln, selbstverständlich mit Sachverständigenbeweis, zu erforschen ist; vgl. hierzu F. Gramatica, *Principi di difesa sociale*, S. 55, S. 121 ff. Die Abschaffung des Verbots, das schon von jeher stark umstritten war (vgl. Bafile, *Scuola positiva* 1933 S. 403 ff., 410 ff.) stellt einen der Hauptpunkte dar, die für eine künftige Reform diskutiert werden, vgl. Nuvolone *Riv. it. dir. pen.* 1962 S. 350. Kritisch auch Boretini S. 140 ff., 146.

der Tat oder dem Charakter des Verletzten gewürdigt werden muß.¹⁾ Entsprechendes gilt für den Urkundenbeweis (art. 464 Abs. 2). Zur Feststellung der Führung einer Person kommt nur die Verlesung der Strafliste oder eines rechtskräftigen Urteils in Betracht.

Das absolute Beweisverbot bezüglich der Charaktereigenschaften einer Person soll der Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens sowie der Kostenersparnis dienen, da sonst viele Zeugen nur zu dem Zweck geladen würden, damit sie über den guten oder schlechten Leumund des Angeklagten, eines anderen Belastungs- oder Entlastungszeugen aussagen. Die Hauptverhandlung könnte dadurch gesprengt werden. Außerdem sei mit diesem Verbot ein sehr zweifelhafter Beweis beseitigt.²⁾

Auf den außenstehenden Betrachter wirkt dieses Verbot befremdlich. Es ist schwer einzusehen, warum solch ein strenges Verbot erforderlich ist, da der italienische Richter ohnehin mit reichen Befugnissen ausgestattet ist, jeglichen überflüssigen Beweis, sei es im Abschnitt der Vorbereitung der Hauptverhandlung, sei es in der Hauptverhandlung selbst, zurückzuweisen. Bei Fortfall des Verbots wäre größere An-

1) Vgl. Manzini Bd. 3 S. 227, 228; Florian 3. Aufl. S. 81 ff., S. 506, 507; Scharfe Kritik gegen diese Regelung übt Florian 1. Aufl. Bd. 1 S. 107: "sone queste locuzioni non giuridiche, senza tradizione, introdotto nel codice inopinatamente, all'ultimo momento", und ebenda S. 108 ff., 115, 116; Bd. 2 S. 311, 312; Florian legt die Bestimmung im strengen Sinne aus, lehnt sie aber ab, da sie die Informationsfreiheit des Richters ungerechtfertigt beschneide. Die Kenntnis der Persönlichkeit des Zeugen sei für die Beweiswürdigung unerlässlich, mögliche Abschweifungen könne der Richter auf Grund seiner Leitungsbefugnis abstellen. Florian empfiehlt daher den Richtern, das Verbot möglichst weitherzig auszulegen, Bd. 2 S. 312. Das Verbot ist in der Praxis auch nicht immer strikte eingehalten worden, vgl. Boretini S. 146; ebenfalls kritisch Rossi, I testi di moralità, Scuola positiva 1938 S. 300 ff; Carnelutti, Il testimonio, questo sconosciuto, Riv. dir. proc. pen. 1957 I S. 177 ff.

2) Vgl. Relazione ministeriale sul progetto del c.p.p. (Finocchiaro-Aprile) S. 505, 506.

passung an den Einzelfall möglich, da es ohne Zweifel zahlreiche Fälle gibt, in denen die Einholung umfassender Information über einen Hauptzeugen zwecks Feststellung seiner Glaubwürdigkeit erforderlich erscheint. Unter dem Prinzip der freien Beweiswürdigung sollte der Richter frei aus allen ihm zur Verfügung stehenden Quellen schöpfen können.

Ein weiteres Beweistatsachenverbot stellt es dar, daß über die in der Öffentlichkeit umlaufenden Gerüchte kein Beweis erhoben werden darf (art.450, 349 Abs.4 für den Zeugenbeweis und art. 464 Abs.1 für den Urkundenbeweis). Auch dieses Verbot soll eine zu weite Ausdehnung der Hauptverhandlung verhindern.¹⁾

Wie im deutschen Recht können Gegenstand des Zeugenbeweises nur Tatsachen sein, nicht hingegen Werturteile (art.349 Abs.1 und 2).

c) Von den Beweisverboten abgesehen, deren Beachtung zwingend vorgeschrieben ist, ist dem italienischen Richter gegenüber Beweisanträgen freie Hand gelassen. Der Begründungszwang in Verbindung mit dem Vorbehalt des Kassationshofs, die Gründe auf Rechtsfehler, wozu auch Denkfehler gerechnet werden, nachzuprüfen, läßt zwar die Frage aufwerfen, in welchen Fällen der Kassationshof eine Ablehnung für unzureichend oder widersprüchlich oder sonst fehlerhaft angesehen und deswegen das Urteil aufgehoben hat. Der Kassationshof hat jedoch diese Klausel nicht wie seinerzeit das Reichsgericht oder auch der französische Kassationshof im Hinblick auf

1) Florian 1. Aufl.Bd.1 S.107 unterscheidet hiervon die öffentliche Meinung und will in diesem Falle eine Beweisaufnahme zulassen.

das Korrektionalverfahren dazu benutzt, eine Skala von Ablehnungsgründen zu entwickeln, bei deren Vorliegen es dem Richter allein erlaubt sein soll, einen Beweis Antrag abzulehnen. Der italienische Kassationshof hat sich vielmehr stets in diesem Punkte größte Zurückhaltung auferlegt und immer wieder betont, daß die Ablehnung in tatsächlicher Hinsicht nicht nachprüfbar ist. Der Kassationshof hat denn auch in der Mehrzahl der Fälle die wegen angeblich fehlerhaft begründeter Ablehnung eines Beweis Antrags angefochtenen Urteile bestätigt. Dem kommt auch die enge, einschränkende Fassung des Gesetzeswortlauts entgegen. Während in Deutschland der Richter einem Beweis Antrag in der Regel stattgeben muß und ihn nur bei Vorliegen eines gesetzlich anerkannten Ablehnungsgrundes zurückweisen darf, aber auch in einem solchen Falle den begehrten Beweis aufnehmen kann, ist nach dem italienischen c.p.p. die Einführung neuer Beweismittel nur zulässig, wenn dies notwendig ist; zum Teil ist sogar die absolute Notwendigkeit dieser Maßnahmen Zulässigkeitsvoraussetzung (art.455, 457, 469).¹⁾ Nach dem italienischen Recht sind also die Beweis Anträge in der Hauptverhandlung umgekehrt wie im deutschen Recht grundsätzlich abzulehnen und nur ausnahmsweise zuzulassen.²⁾ Dem italienischen Richter ist daher für eine Ablehnung weitester Spielraum gelassen. Er kann einen Beweis Antrag mit jeder Begründung ablehnen; er darf sich hierbei nur nicht in sichtbare Widersprüche verwickeln.

Es finden sich unter den Gründen, mit denen der italienische Richter die Ablehnung eines Beweis Antrags rechtfertigt, solche, die dem deutschen Recht entsprechen oder doch diesem ähnlich sind, wie z.B.

-
- 1) Cass.v.20.2.1950, Ferraro, Giust.pen.1950 III Sp.357, Nr.227; v.3.2.1951, Pistilli, Giur.compl.1951 Bd.1 Nr.1164; Borettini S.179; Siracusano, S.156, 157 Nr.114
 2) De Mattia, Anm. zu art.457; Borettini S.179.

wegen Unerheblichkeit der Beweistatsache¹⁾,
 wegen Unmöglichkeit²⁾
 wegen Ungeeignetheit³⁾ oder
 wegen Unerreichbarkeit des Beweismittels⁴⁾,
 wegen Verschleppungsabsicht⁵⁾,
 weil die unter Beweis gestellten Tatsachen für die Urteilsfällung
 nicht entscheidend sind⁶⁾.

Daneben stehen völlig allgemein gehaltene Gründe, die die soeben aufgezählten mitumfassen und die im deutschen Recht unstatthaft sind, wie z.B.

weil der Richter die Beweiserhebung für unnötig, unnütz, überflüssig hält -
 è facoltà insindacabile del giudice di merito di decidere sulla necessità o
 utilità delle prove offerte al dibattimento, ... può eliminare le prove... ogni
 volta che le reputi superflue all'accertamento della verità -⁷⁾

weil der Richter die Strafsache bereits für genügend aufgeklärt hält - ritenuto
 che il processo è sufficientemente istruito⁸⁾ - als auch deshalb,

weil der beantragte Beweis durch den schon erhobenen Beweis widerlegt sei -
 che i fatti sui quali dovrebbero deporre, sono infirmati dagli elementi di
 prova già risultanti dal dibattimento⁹⁾ - oder

weil der beantragte Beweis den bereits erhobenen Beweis doch nicht werde er-
 schüttern können... posizioni che non si ritengono tali da infirmare le
 testimonianze già assunte¹⁰⁾.

1) Cass.v.2.12.1950, Cavaliere, Riv.it.dir.pen.1950 S.834; v.10.11.1948 Giust.
 pen.1949 III Sp.97; v.11.5.1932, La Proc.pen.1932.S.935 Nr.154.

2) Cass.v.26.3.1946, Alemagna, Giur.compl.XXIII Bd.2 Nr.1637.

3) Cass.v.16.1.1928, La Verde, La proc.pen.1928 Sp.269; Manzini Bd.3, S.221.

4) Cass.v.12.7.1946, Montesano, Giur.compl.1946 Bd.1 Nr.38.

5) Cass.v.11.11.1953, Maggi, Giur.compl.1953 Bd.6 Nr.3934.

6) Cass.v.2.12.1950, Riv.it.dir.pen.1950 S.834.

7) Cass.v.11.5.1932, Giust.pen.IV 1932, S.935 Nr.154; v.10.11.1948, Giust.pen.
 1949 III Sp.97; v.4.7.1949, Giur.compl.1949 Bd.2 Nr.4160.

8) Cass.v.28.2.1949, Vandini, Giust.pen.1949 III Sp.243 Nr.126; v.4.7.1949,
 Giur.compl.1949 Bd.2 Nr.4160; v.11.5.1950, Enna Giur.compl.1950 Bd.2 Nr.3542.

9) Cass.v.30.4.1951, Taricco, Giur.compl.1951 Bd.1 Nr.1689.

10) Cass.v.21.6.1950, Felis, Giust.pen.1950 III Sp.630 Nr.533.

Die letztgenannten Gründe lassen entweder implizite oder sogar ausdrücklich eine Vorwegnahme der Beweiswürdigung zu.¹⁾

In den verhältnismäßig wenigen Fällen, in denen der Kassationshof einmal eingegriffen und das Urteil wegen mangelhafter oder widersprüchlicher, rechtlich unhaltbarer Begründung der Beweisablehnung aufgehoben hat, handelte es sich immer um schwere Verstöße gegen die auch dem italienischen Richter obliegende Aufklärungspflicht (art.299, 368, 461).

So darf der Tatrichter nicht Parteianträge auf Erhebung weiterer Beweise ablehnen, wenn er sich auf Grund des vorhandenen Beweismaterials noch keine feste Überzeugung von der Schuld oder Unschuld des Angeklagten hat bilden können und deswegen mangels Beweises freisprechen möchte.²⁾

Als einen Verstoß gegen die Aufklärungspflicht wurde es auch angesehen, wenn der Richter die Vernehmung von Entlastungszeugen ausdrücklich deshalb ablehnte, weil sie die Aussagen der Belastungszeugen doch nicht entkräften könnten,³⁾ so insbesondere in einem Fall, in dem der Richter die Vernehmung von Entlastungszeugen

-
- 1) In jüngster Zeit zeichnen sich Gegenströmungen gegen diese in ständiger Rechtsprechung verwandten Formeln ab: so z.B. neuerdings gegen eine Verwendung der Formel "che la causa è sufficientemente istruita", Cass.v.2.3.1956 in Riv.dir. proc.pen.1957, S.219,221 mit zustimmender Anm.v.Dosi; nach Foschini, Il dibattito S.150, wird durch eine derartige, eine Beweisantizipation beinhaltende Formel "il principio del contraddittorio" verletzt; Nuvolone, Riv.it.dir.pen. S.354,355, plädiert sogar für die Übernahme eines Beweisantragsrechts nach deutschem Muster. Heftige Kritik an der ständigen Rechtsprechung übt ebenfalls Dosi, Sul principio del libero convincimento S.43 ff.
- 2) Cass.v.17.3.1950, Penna, Giust.pen.1950 III Sp.402 Nr. 295; Cass.v.10.7.1948, Grande, Giust.pen.1948 III S.374.
- 3) Cass.v.14.4.1953, Giur.compl.1953 Bd.2 Nr.1431; vgl. auch Cass.v.5.3.1954, Giur.compl.1954 Bd.2 Nr.1330.

mit der Begründung ablehnte, daß er den Zeugen, falls sie tatsächlich den Aussagen der Polizeibeamten widersprechende Angaben machen sollten, schon allein aus diesem Grunde keinen Glauben schenken würde und daß ihre Kundgebungen daher die Entscheidung nicht zu ändern vermöchten. Ließe man eine solche Begründung zu, so führte der Kassationshof aus, so würde sich die Beweisaufnahme in den weitaus meisten Fällen auf die Vernehmung der Verfasser der Polizeiberichte beschränken, die mündliche Hauptverhandlung wäre überflüssig.¹⁾

In diesen Fällen einer besonders ins Auge springenden ungerechtfertigten Vorwegnahme der Beweiswürdigung hat der Kassationshof also das auf der Ablehnung beruhende Urteil wegen mangelhafter Begründung (art.475 Nr.3) aufgehoben. In einem anderen Fall ist der Kassationshof eingeschritten, weil der Richter den Antrag auf Vernehmung des einzigen bei der Tat (Mord) anwesenden Zeugen mit dem bloßen Hinweis auf die Unerreichbarkeit des Zeugen - im von Deutschland besetzten Gebiet Italiens - ablehnte, obwohl diese nur vorübergehender Natur war. Im Hinblick auf die Bedeutung des Zeugen hätte der Unterrichter die Hauptverhandlung vertagen müssen.²⁾

Wegen unbegründeter Zurückweisung eines Sachverständigenbeweisanspruchs hat der Kassationshof Urteile zuweilen dann aufgehoben, wenn der Unterrichter trotz einer erdrückenden Vielzahl von Anzeichen, die auf eine Geistesstörung des Angeklagten hinwiesen, sich mit der bloßen Feststellung begnügt hatte, daß die Geistesstörung

1) Cass.v.12.7.1938, Gennari, Riv.pen.1938 II S.908 Nr.645.

2) Cass.v.12.7.1946, Giur.compl.1946 Bd.1 Nr.38

im Augenblick der Tat nicht vorhanden gewesen sei;¹⁾ oder wenn der Vorderrichter sich darauf beschränkt hatte, einem ärztlichen Attest jedweden Wert abzusprechen, ohne die Unterlagen des Krankenhauses, in dem der Angeklagte behandelt worden war, zu prüfen,²⁾

oder in einem entsprechenden Fall den Antrag unter Wiederholung des Gesetzeswortlauts mit der einfachen Feststellung zur Seite geschoben hatte, schwere begründete Anzeichen, die die Einholung eines Sachverständigengutachtens erforderlich machten, lägen nicht vor.³⁾

Daß in diesen Fällen die Aufklärungspflicht als verletzt angesehen wurde und nicht etwa ein Recht des Antragstellers auf Beweiserhebung, geht vor allem aus der ausführlichen Entscheidung vom 10. Juli 1948⁴⁾ deutlich hervor. Das Urteil, das auf Freispruch mangels Beweises lautete, wurde aufgehoben, weil der Vorderrichter einen vom Staatsanwalt beantragten Sachverständigenbeweis als "non assolutamente indispensabile" abgelehnt hatte, obwohl der Sachverhalt zur Aufnahme dieses Gutachtens drängte. Der Kassationshof betonte, damit sei nicht der Grundsatz aufgegeben, daß es im Ermessen des Gerichts stehe, einem Beweis-antrag stattzugeben oder ihn abzulehnen; diese Ermessensfreiheit könne aber nicht soweit gehen, daß der Richter auch bei Bestehen eines Zweifels über einen für die Entscheidung wesentlichen Punkt von der Benutzung weiterer vorhandener und auch erfolgversprechender Beweismittel absehen könnte. In einem solchen Falle müsse der Richter, um seiner Wahrheitserforschungspflicht zu genügen,

1) Cass.v.5.5.1954, Serra, Giur compl.1954 Bd.3 Nr.1677 mit Anm.

2) Cass.v.4.3.1955, Giur compl.1955 Bd.1-2 Nr.329.

3) Cass.v.7.3.1949, Giust.pen.1949 III Sp.476 Nr.341;
Cass.v.28.3.1950, Riv.pen.1950 II S.634 Nr.218; Hier wurde die Aufhebung ausdrücklich auf die Verletzung der Aufklärungspflicht gestützt.

4) Grande, Giust.pen.1948 III S.374 mit.Anm.auf S.375.

von allen noch zur Verfügung stehenden tauglichen Beweismitteln Gebrauch machen. Erst wenn alle Bemühungen gescheitert seien, dürfe der Richter mangels Beweises freisprechen. Der Freispruch mangels Beweises dürfe nicht dazu benutzt werden, wie der Verfasser der Anmerkung unter diesem Urteil ausführt,¹⁾ "schermo di pigriazià e di viltà mentale" zu sein.

3. Die Besonderheiten des Sachverständigenbeweises

Das Bemühen des italienischen Gesetzgebers, einer Ausuferung der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung von vornherein einen Riegel vorzuschieben, wird vor allem in der Regelung des Sachverständigenbeweises sichtbar.

Der Sachverständigenbeweis wird anders als nach deutschem Strafprozeßrecht nicht etwa durch die Vernehmung der Sachverständigen, sondern in der Regel durch die Verlesung der in der Voruntersuchung erstatteten Gutachten aufgenommen. Der Vorsitzende hat hierbei das Recht, alles ihm überflüssig Erscheinende von der Verlesung auszuschließen. Dieser Maßnahme kann nicht widersprochen werden (art.451 Abs.1).²⁾ Die Parteien können zwar während der Vorbereitung der Hauptverhandlung die Ladung der Sachverständigen beantragen (art.416), wenn sie auf das persönliche Erscheinen der Sachverständigen in der Hauptverhandlung Wert legen. Die Entscheidung über den Antrag steht jedoch im freien Ermessen des Vorsitzenden.

Hat der Vorsitzende dem Antrag stattgegeben und den Sachverständigen zur Hauptverhandlung geladen, so wird der Sachverständige nach der Verlesung seines Gutachtens gehört. Er muß sich jedoch auf die Beantwortung der ihm vom Vorsitzenden gestellten Fragen beschränken (art.451 Abs.2).³⁾

1) Giust.pen.1948 III S.375.

2) Vgl.Manzini Bd.3 S.366; Borettini S.282 ff.

3) Vgl.Manzini Bd.3 S.368.

Während der Hauptverhandlung kann die Ladung der Sachverständigen nur noch beantragt werden, wenn im Laufe der Verhandlung wichtige neue Umstände aufgetaucht sind oder wenn es sich um die Erläuterung von Fragen handelt, die die Sachverständigen in ihren Gutachten noch nicht behandelt haben (art. 455 Abs.1).¹⁾ Es können in diesem Falle nur die Sachverständigen der Voruntersuchung, also die Verfasser der vorliegenden Gutachten, zur Einholung der erforderlichen Ergänzungen geladen werden. Die Hinzuziehung neuer Sachverständiger ist regelmäßig unstatthaft (art.455 Abs.2).²⁾

Außer den Sachverständigen der Voruntersuchung können neue Sachverständige zur Hauptverhandlung nur noch ausnahmsweise herangezogen werden, nämlich nur über völlig neue Gegenstände, über die bislang noch kein Gutachten erstattet worden ist (art.455 Abs.2).³⁾

Seit dem Änderungsgesetz vom 18.Juni 1955 steht die Vorschrift des art.455 Abs.2 in gewissem Gegensatz zum art.314, dem man einen neuen Absatz angefügt hat des Inhalts, daß der Richter in jedem Stand des Verfahrens einen zweiten oder mehrere neue Sachverständige hören kann zu Fragen, über die ein Gutachten bereits erstattet ist. Es werden daher verschiedentlich Bedenken erhoben gegen die Vereinbarkeit des unverändert gebliebenen Textes des art.455 Abs.2 mit dem neu angefügten Absatz des art.314. Es liegt auf der Hand, daß die einschränkende Klausel des art.455 Abs.2 der Erforschung der materiellen Wahrheit nicht dienlich ist. Oft stellen sich nämlich erst in der Verhandlung Mängel des Gutachtens heraus, die sich durch weitere, vom gleichen Sachverständigen abgegebene Erklärungen nicht

1) Cass.v.9.11.1942.Riv.pen.1943 S.12 Nr.1918; Cass.v.5.3.1942, Riv.pen.1942 II S.590 Nr.348; Lattanzi Anm.1 zu art.455 S.209; Manzini Bd.3 S.366 ff.

2) Cass.v.9.6.1949, Carli ed altro, Riv.pen.1949 II S.907; Cass.v.3.12.1954, Giur.compl.1955 Bd.1-2 Nr.30; Lattanzi Anm.2 zu art.455.

3) Vgl. die Zitate der vorigen Anm.; ferner Anm.v.S.Buda in Giur.compl.1955 Bd.1-2 Nr.30; Manzini Bd.3.S.351,365,368 ff.

heben lassen. Es wird daher im Interesse einer gerechten Urteilsfindung die Angleichung des art.455 Abs.2 an den art.314 letzter Absatz gefordert.¹⁾

Handelt es sich um ein psychiatrisches Gutachten, so tritt neben die Voraussetzung, daß über den Geisteszustand des Angeklagten bislang noch kein Gutachten erhoben worden ist, das einschränkende Erfordernis hinzu, daß "gravi e fondati indizi" die Einholung eines entsprechenden Gutachtens notwendig machen (art.455 Abs.2).²⁾

Über entsprechende Parteianträge, die sowohl im Abschnitt der Vorbereitung der Hauptverhandlung (art.417 Abs.1) als auch erst während der Hauptverhandlung selbst gestellt werden können (art.455 Abs.2), entscheidet der Richter nach seinem freien Ermessen; das gleiche gilt für die nach art.455 Abs.1 gestellten Anträge auf Ladung der in der Voruntersuchung gehörten Sachverständigen. Die Notwendigkeit im Sinne dieser Artikel ist daher, wie schon für den Beweisantrag im allgemeinen dargestellt,³⁾ keine objektive, sondern eine relative, subjektive, davon abhängig, daß

) Nach Cass.v.3.12.1954, Giur.compl.1955 Bd.1-2 Nr.30 ist die Anordnung eines zweiten Gutachtens über denselben Gegenstand dann statthaft, wenn der erste Sachverständige für die ihm anvertraute Aufgabe ungeeignet ist, wenn sein Gutachten offensichtlich ungenügend oder wenn sein Gutachten unter Verletzung von Formvorschriften hergestellt worden ist. Nach Manzini, Bd.3 S.368 ist die Einholung eines neuen Gutachtens dann zulässig, wenn die Erläuterungen des ersten Sachverständigen nicht befriedigen konnten. Vgl. ferner S.Buda in Anm.zu Cass. v.3.12.1954 Giur.compl.1955 Bd.1-2 Nr.30: Er führt aus, der art.314 letzter Absatz verwirkliche eine Forderung der Praxis. Verschiedentliche Male habe die Rechtsprechung sich bereits über den art.455 hinweggesetzt; vgl.auch Corte di Assise di Bologna v.20.1.1949 Giust.pen.1949 Sp.60:"In caso di precedenti perizie contrastanti ben può il giudice nel dibattimento, in sede di giudizio di rinvio, disporre una nuova perizia sullo stesso oggetto".

) Durch diese Einschränkung des Sachverständigenbeweises soll der Prozeß beschleunigt werden, vgl.Borettini S.231 ff.

) Vgl. S.159

der Richter sie anerkennt.¹⁾

Das Vorliegen von "gravi e fondati indizi" als Voraussetzung für die Einholung eines psychiatrischen Sachverständigengutachtens hat die Rechtsprechung hierbei nur im engsten Rahmen anerkannt. Psychische Anomalien, verbreitete Geisteskrankheiten in der Familie des Angeklagten, vorgängige Krankheiten des Angeklagten reichen nicht ohne weiteres aus. Meist werden "gravi e fondati indizi" nur dort angenommen, wo sie eindeutig auf einen pathologischen Zustand schließen lassen.²⁾

Aber selbst wenn "gravi e fondati indizi" nicht ausgeschlossen werden können oder wenn sonst zur Feststellung einer Tatsache Spezialkenntnisse erforderlich sind, ist der Richter nicht genötigt, einen Sachverständigen zu Rate zu ziehen. Er kann vielmehr die entsprechenden Feststellungen selbst treffen, wenn er die erforderlichen Spezialkenntnisse, welchem Fachgebiet sie auch angehören mögen, selbst besitzt. Ob er über ausreichende Kenntnisse verfügt und deshalb keines Sachverständi-

-
- 1) Cass.v.10.12.1941, Cesaretti, Riv.pen.1942 S.118 Nr.2649; v.17.1.1923, Giust. pen.1923 S.1019; v.28.10.1921, La proc.pen.1922 Sp.182 Nr.142; v.4.3.1949, Giur.compl.1949 Bd.1 Nr.322; v.13.7.1953, Giust.pen.1954 III Sp.241 Nr.154; A.Trombini in Anm.zu Cass.v.13.7.1917, La proc.pen.1917 Sp. 425. An dieser Auffassung hat sich bis heute nichts geändert: Bellavista, Osservazioni sulla riforma processuale penale, Riv.dir.proc.pen.1955 S.1 ff, S.30: die Änderung des Wortlauts in art.314-"dispone"- habe der Sache nach keine Änderung gebracht. Florian, 3.Aufl. S.543 Nr.193: "La legge non detta alcun precetto nè alcuna istruzione per determinare quando cotesta esigenza possa ritenersi maturata; qui tutto è deferito all'apprezzamento del giudice del merito"; vgl. auch Fl.1.Aufl. Bd.2 S.366 ff.; Siracüsano S.185; Manzini Bd.3 S.370, 377; Lattanzi Anm.zu art. 455 (S.209 ff), Ergänzungsband 1957 S.167; Pisani in Anm.zu Cass.v.17.6.1959, Riv.it.dir.e proc.pen.1960 S.352 und in Anm.zu Cass.v.19.2.1959, ebenda S.353; Borettini S.118, 301; vgl. auch Sabatini in Anm.zu Cass.v.16.4.1946, Silva, Giur. compl.XXIII Bd.1 S.373 (375).; De Marsico, Lezioni S.185, 186 betont demgegenüber daß es darauf ankomme, ob die Zuziehung eines Sachverständigen objektiv erforderlich ist.
- 2) Cass.v.2.12.1955, Giur.Compl.1955 Bd.4-6 Nr.2750; v.1.7.1955 Giur.compl.1955, Bd. 4-6 Nr.2543; v.22.12.1953 Giur compl.1954 Bd.2 Nr.826; v.16. 11.1953, Giur.compl. 1953 Bd.6 Nr.5203; vgl. weitere Nachweise für das Vorliegen von "gravi e fondati indizi" bei Lattanzi Anm.3 zu art.455 S.210, 211 u.Erg.1957 S.168. Kritisch: Altavilla S.734.

gen bedarf, entscheidet der Richter nach seinem Ermessen.¹⁾ Das italienische Recht stellt somit völlig subjektiv auf den einzelnen Richter ab, ob er sich die Sachkenntnis zutraut. Eine Bezugnahme auf den objektiven Maßstab der Lebenserfahrung, wie ihn das deutsche Recht kennt, fehlt. Eine Nachprüfung ist daher dem italienischen Kassationshof grundsätzlich verschlossen und nur in den aufgezeigten Grenzen möglich.²⁾

- 1) Dies wurde früher und wird z.T. auch heute noch u.a. aus der Gehilfeneigenschaft des Sachverständigen abgeleitet; vgl. Cass.v.20.5.1927, Riv.pen.1927 (CVI) S.225; A.Trombini in Anm.zu Cass.v.13.7.1917, La proc.pen.1917 Sp.425; Borettini S.127; Widerspruch gegen den Mißbrauch, der mit dieser Formel getrieben werde: Sabatini in Anm.zu Cass.v.16.4.1946, Giur.compl.1946 S.375.
- 2) Diese freie Stellung des Richters wird, wie schon dargetan, u.a. aus dem Wortlaut des Gesetzes gefolgert. So lautet z.B. der art.455 Abs.2 für die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens: "Se risultano gravi e fondati indizi che rendano necessaria una indagine sullo stato di mente dell'imputato, la corte, il tribunale o il pretore p u ò nominare con ordinanza un perito". Man möchte meinen, daß der Richter unter der im Text angegebenen Voraussetzung zur Einholung eines Gutachtens verpflichtet sei; aus dem Worte "può" folgert die Rechtsprechung jedoch das Gegenteil, und sogar in so gewagten Formulierungen wie: "Il giudice n o n ha l'obbligo, ma la f a c o l t à di disporre perizia qualora occorre procedere ad accertamenti che e s u l a n o dalla propria capacità o competenza", so Cass.v.5.4.1951, Giur.compl.1951 Bd.1 Nr.1483; dafür, daß der Richter in allen Fällen eine besondere Sachkenntnis erfordernde Feststellungen selbst zu treffen vermag, wenn er seine diesbezüglichen Entscheidungen nur logisch begründet: Cass.v.14.1.1920, La proc.pen.1920 Sp.260 Nr.166; v.17.1.1923, Giust.pen.1923.Sp.1019; v.10.11.1942, Riv.pen.1943 S.16 Nr.1280; v.26.10.1949, Riv.it.dir.pen.1950 S.136; v.25.1.1950, Riv.pen.1950 II S.685; v.2.12.1955, Giur.compl.1955, Bd.4-6 Nr.2750; dieser Rechtsprechung stimmen zu: Manzini Bd.3.S.377; Lattanzi Anm.zu art.455 S.209 ff; Florian, 1.Aufl.Bd.2 S.367, 368; Borettini S.119,242; Trombini in Anm.zu Cass.v.13.7.1917, La proc.pen.1917 Sp.425; de lege lata auch S.Buda in Giur.compl.1955,Bd.1-2 S.30; er betont, daß der Gesetzgeber in art.455 Abs.2 unverändert an dem Worte "può" festgehalten habe, während demgegenüber im Text des art.314 die Worte "può disporre" durch "disporre" ersetzt worden seien; die Anordnung eines Sachverständigenbeweises könne daher nur im Rahmen des art.314 obligatorisch sein. Gegen diese schrankenlose Freiheit des Richters: G.Sabatini in Giur.compl.1946 Bd.1 S.375; De Marsico, Lezioni S.185, 186; neuerdings ebenfalls einschränkend Florian, 3. Aufl.S.543 Nr.194; trotz der vorgebrachten Bedenken hat die Teilreform von 1955 die Freiheit des Richters nicht begrenzt.

Der Richter kann so insbesondere die Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten, auch wenn dieser offensichtliche Anomalien aufweist, auf Grund des bloßen persönlichen Eindrucks von ihm in der Hauptverhandlung oder auf Grund der Art und Weise der Verbrechensbegehung selbst beurteilen, ohne hierfür einen Sachverständigen zuziehen zu müssen.¹⁾ Gegen diese weitgehende Befugnis des Richters erheben vor allem die Psychiater Widerspruch.²⁾

Das psychologische Gutachten ist ohnehin kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift verboten (art.314).³⁾

Das offensichtliche Bemühen des Gesetzgebers, die Inanspruchnahme eines Sachverständigen auf möglichst wenig Fälle zu beschränken, erklärt sich daraus, daß vordem kostspielige Gutachten in ungebührlicher Zahl angefordert wurden, wodurch mißliche Prozeßverzögerungen entstanden. Daneben beruht diese Regelung auf der durch die Entwicklung der Technik längst überholten Vorstellung, es entspreche allein dem Ansehen und der Würde des Richters, wenn er möglichst viele Fragen selbständig beurteilen könne, ohne genötigt zu sein, die Hilfe eines Sachverständigen in Anspruch zu nehmen.⁴⁾

1) Vgl.hierzu die in vor.Anm.zit.Rechtsprechung; Lattanzi Anm.2 zu art.455, Ergänzungsband 1957 S.168; Manzini Bd.3 S.377.

2) Vgl. D'Ormea in Giust.pen.1949 I.Sp.16: "Ma la nostra Magistratura purtroppo questo il più spesso non sente o non comprende, o non vuole, con un senso di autoritaria infallibilità che le fa gran torto". Er weist auch darauf hin, daß andere Länder in dieser Beziehung Italien weit voraus sind. Seine Vorwürfe gegenüber der ständigen Rechtsprechung des Kassationshofs erinnern an den Tadel, den seinerzeit Lobe (LZ 1914 Sp.983) im Hinblick auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts geäußert hat: nur der Mangel der primitivsten psychiatrischen Kenntnisse mache es möglich, daß hier die Gerichte sich die nötige Sachkunde beimessen, aus dem bloßen Verhalten des Angeklagten in der Hauptverhandlung dessen Geisteszustand zu beurteilen. Vgl. ferner Altavilla, Psicologia S.735: "I nostri magistrati ignorano molte cose e misoneisticamente si ribellano a chi a una maggiore competenza, ricorrendo ad un mezzuccio indegno: cercano di rendere ridicolo il tecnico, mezzo comodo per mascherare la loro ignoranza".

3) Als Grund wird angeführt, diese Feststellungen gehörten zum eigentlichen Aufgabengebiet des Richters; vgl. Borettini S.133: "Per contro sono vietate...le

II. Die Zurückweisung präsenter Beweismittel

Ist ein Zeuge oder Sachverständiger geladen, aber nicht erschienen, so kann das Gericht nach Anhörung der Parteien ohne weiteres von einer Vernehmung absehen (art.452). Besteht jedoch eine Partei auf der Vernehmung und beantragt sie die Unterbrechung oder Vertagung der Hauptverhandlung, damit die Beweisperson zur Hauptverhandlung herbeigeschafft werden kann, so handelt es sich um einen gewöhnlichen Beweis Antrag, der als solcher zu behandeln ist, d.h. das Gericht muß in diesem Fall eine mit Gründen versehene Entscheidung erlassen; der Inhalt dieser Entscheidung steht in seinem freien Ermessen.¹⁾

Aber selbst wenn der Zeuge erschienen ist, besteht keine Pflicht des Richters, den Zeugen zu vernehmen. Vielmehr kann der Richter jederzeit auch gegen den Willen der Parteien von der Vernehmung eines geladenen und erschienenen Zeugen absehen, wenn ihm die Vernehmung nach den bisherigen Ergebnissen der Beweisaufnahme nicht mehr erforderlich erscheint. Er ist in der Entscheidung über die präsenten Beweismittel

indagini peritali che rientrano nella normale competenza del giudice, come in genere le indagini psicologiche e sulla personalità dell'imputato"; vgl. auch : S. 144 ff.

- 4) Vgl. Relazione sul progetto preliminare von 1930, Lavori preparatori Bd.VIII S.64: "Questo divieto che non ha una sanzione processuale, ma la cui inosservanza costituirebbe un grave torto disciplinare, avrà per effetto di elevare la pubblica estimazione nella capacità intellettuale del giudice e di mantenere serietà all'amministrazione della giustizia"; vgl. auch Boretini S.133, 138, 139.

- 1) Cass.v.15.12.1949, Giust.pen.1950 III Sp.667: Die Verteidigung machte hier geltend, die Vernehmung des ausgebliebenen Zeugen sei unbedingt erforderlich gewesen wegen der offensichtlichen Widersprüche zwischen seinen in der Voruntersuchung gemachten Aussagen und den Aussagen der in der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen. Der Kassationshof bestätigte das Urteil mit der lapidaren Begründung: "Infondato è pure il 2.motivo del ricorso perchè la mancata sospensione del dibattimento per l'audizione del teste E.trova piena giustificazione di poter decidere la causa in base agli elementi acquisiti al processo"; Cass.v.22.12.1941, Riv.pen.1942 II S.124 Nr.2314.

genau so frei wie hinsichtlich der Entscheidung über die Frage, ob weitere Beweismittel zur Hauptverhandlung herbeizuschaffen sind. Bei Opposition einer Partei muß das Gericht einen Beschluß erlassen.¹⁾ Unter dem alten Codice von 1865 bestand hingegen für die geladenen und auch erschienenen Zeugen Beweiszwang, wenn die Parteien auf der Vernehmung bestanden. Man folgerte den Beweiszwang aus art.281 Nr.3 c.p.p. 1865, der bestimmte: "I testimoni e periti sono sentiti"; art.282 stellte die Unterlassung "sotto pena della nullità". Seit dem c.p.p. von 1913, in dem eine entsprechende Bestimmung fehlte, hat der Kassationshof sich von der alten Rechtsprechung abgewendet und läßt dem Richter nun auch hinsichtlich der Benutzung der präsenten Beweismittel völlige Freiheit. Diese Regelung wird für eine reibungslose Durchführung des Verfahrens als die zweckmäßigste angesehen.²⁾ Der nach der deutschen StPO geltende absolute Beweiszwang hinsichtlich der geladenen und erschienenen Zeugen und Sachverständigen - schon gar in Verbindung mit dem unmittelbaren Ladungsrecht der Prozeßparteien - wird im italienischen Schrifttum als eine zu weitgehende Bindung des Richters abgelehnt.³⁾

-
- 1) Cass.v.16.5.1927, La proc.pen.1927 S.501 Nr.193, bezüglich des art.393 Cod.v. 1913, der dem jetzigen art.452 entspricht; Cass.v.25.3.1935, Riv.pen.1936 S.249. Die freie Entscheidungsbefugnis des Richters über die Benutzung präsenten Beweismittel wird damit begründet, daß es nicht angehe, lediglich aus der Tatsache des Erscheinens des Zeugen das Gegenteil folgern zu wollen; auch handele es sich nur um eine parallele Befugnis des art.420 (art.371 Cod.1913). Zust.Florian 1.Aufl.Bd.2 S.224,225,3.Aufl.S.444; a.A.Verfasser der Anm. zu dem oben zitierten Urteil vom 16.5.1927, La proc.pen.1927 Sp.502.
- 2) Vgl. Florian 1.Aufl.Bd.2 S.224,225, Bd.1 S.194, 3.Aufl.S.444: durch die Ermessensfreiheit des Richters sei eine größere Anpassung an die Erfordernisse des Verfahrens möglich.
- 3) Vgl. Florian 1.Aufl.Bd.2 S.225 Anm.1; 3.Aufl.S.444 Anm.252.

III. Das Verfahren bei der Ablehnung von Beweisanträgen

1. Ein förmlich gestellter Antrag auf Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen sowie auf die Herbeischaffung anderer Beweismittel ruft einen Zwischenstreit - incidente - hervor, der nach Anhörung der Parteien mit einem Gerichtsbeschuß - ordinanza - zu entscheiden ist (art.438 Abs.2); das bedeutet, daß das Gericht, nicht der Vorsitzende, für die Entscheidung zuständig ist.¹⁾

Hat jedoch das Gericht die Verbescheidung des Antrags vorläufig zurückgestellt, so muß der Antragsteller das Gericht an den Antrag erinnern. Kommt die Partei in ihrem Schlußvortrag nicht mehr auf ihren im Laufe des Verfahrens gestellten Beweis Antrag zurück, so stellt das Übergehen des Antrags durch das Gericht - im Gegensatz zum deutschen Recht - keinen Kassationsgrund dar. Der Fehler ist vielmehr geheilt (art.187).²⁾

Der Gerichtsbeschuß muß regelmäßig noch vor Schluß der Beweisaufnahme ergehen. Er ist seinem ganzen Inhalt nach in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen (art.438 Abs.2).

1) Cass.v.29.11.1938, Riv.pen.1939 II.S.88 Nr.836; eines förmlichen Gerichtsbeschlusses bedarf es jedoch nicht, wenn die Beweiserhebung nur allgemein beantragt war. Cass.v.31.3.1952, Giur.compl.1952 Bd.1 Nr.744; nach Cass.v.28.1.1953, Giur.compl.1953 Bd.1 Nr.737 ist die Unterlassung der Prüfung und Verbescheidung eines Sachverständigenbeweisantrags dann kein Aufhebungsgrund, wenn der Antrag nur Feststellungen von sekundärer Bedeutung zum Gegenstand hatte. Vgl. Manzini Bd.4 S.352, 358, 359; Leone, Lineamenti S.418, 419; Boretini S.301.

2) Cass.v.8.2.1951, Giur.compl.1951 Bd.1 Nr.220; Manzini Bd.4 S.352, 359; Kritisch: Leone, Lineamenti, S.420.

Ist der Beweisantrag erst während der Schlußvorträge gestellt, so ist eine Bescheidung des Antrags erst mit den Urteilsgründen möglich.¹⁾

2. Die Form der "ordinanza" beinhaltet bereits einen Begründungszwang (art.148). Die Anforderungen an die Begründung sind jedoch, wie gezeigt wurde, nicht sehr hoch. Mit der Begründung soll vor allem dargetan werden, daß das Gericht sich mit dem Antrag befaßt hat, auch wenn es ihm nicht stattgeben will.²⁾

3. Der Gerichtsbeschluß, mit dem der Richter die Erhebung neuer Beweise anordnet, ist jederzeit widerruflich.³⁾ Hat der Richter z.B. die Verhandlung vertagt, um einen neuen Zeugen zu laden, so kann er, wenn der Zeuge im nächsten Termin nicht erscheint, von der Vernehmung absehen, wenn er sie nicht mehr für erforderlich hält; er kann unmittelbar zur Sachentscheidung schreiten, indem er dem Urteil andere Beweiselemente zugrunde legt.⁴⁾

1) Cass.v.7.2.1949, Riv.pen.1949 II S.531 = Giur.compl.1949 Bd.1 Nr.1475 und Anm.ebenda; der Antrag wird als eine Art Eventualantrag angesehen. Leone, Lineamenti S.420, verlangt in jedem Fall die gesonderte Entscheidung über den Beweisantrag.

2) Wie im französischen Recht wird die Begründung an sich schon als eine Garantie für den Angeklagten gewertet, vgl.Manzini Bd.4 S.423,424; eine ausführliche Begründung verlangen in neuerer Zeit: Pisani in Anm. zu Cass.v. 19.2.1959, Riv.it.dir.e proc.pen.1960 S.353; Florian, 3.Aufl.S.444; Dosi, Sul principio del libero convincimento S.43 ff.; ders.Sull'ammissibilità dei testimoni nel procedimento pretorile in Riv.dir.proc.pen.1957 S.219.

3) Cass.v.24.10.1956, Riv.it.dir.pen.1957 S.495; v.20.11.1957, Riv.it.dir.e proc.pen.1958 S.626; v.12.3.1958, Riv.it.dir.e proc.pen.1958 S.1335; v.19.1.1961, ebenda 1961 S.945; Lattanzi, Ergänzung 1957, Anm.zu art.457 S.170; Florian 3.Aufl.S.441; Leone, Lineamenti S.419.

4) z.B. die Verlesung der während der Voruntersuchung gemachten Aussagen des Zeugen, Cass.v.14.6.1951, Giur.compl.1951 Bd.2 Nr.2939; vgl. auch Lattanzi Anm. 2 zu art.457 (S.214).

Es bedarf - im Gegensatz zum deutschen Recht - noch nicht einmal eines ausdrücklichen Widerrufs in Form eines Gerichtsbeschlusses; der Widerruf kann vielmehr implizite in der Weise ergehen, daß der Richter das Urteil erläßt, ohne auf den beweisanzordnenden Beschluß zurückzukommen. Wenn dies auch nicht als ganz korrekt angesehen wird, so wird der Fehler doch zumindest durch das Schweigen der Parteien geheilt (art.471). Der Antragsteller kann den Mangel eines ausdrücklichen Widerrufs mit der Kassation nicht mehr rügen, es sei denn, er hat noch vor Schluß der Beweisaufnahme, spätestens vor Urteilserlaß, eine ausdrückliche Stellungnahme zu dieser Frage vom Gericht verlangt.¹⁾

§ 5. Der Umfang der Beweisaufnahme im Berufungsverfahren

Die in erster Instanz vernommenen Zeugen und Sachverständigen werden im Berufungsverfahren in der Regel nicht mehr vernommen. Ihre erneute Vernehmung kann zwar beantragt werden - die Parteien verfügen zu diesem Zweck über ein Gestellungsrecht -, die Entscheidung über den Antrag steht jedoch im freien Ermessen des Gerichts; dieses ist niemals verpflichtet, entsprechenden Anträgen stattzugeben (art.520). Die Ablehnung ist in einem Gerichtsbeschuß zu begründen; die Gründe sind jedoch nur auf Rechtsfehler nachprüfbar, nicht darauf, ob die Erneuerung der Beweisaufnahme tatsächlich notwendig war.²⁾

-
- 1) Cass.v.8.1.1951, Giust.pen.1951 III Sp.389 Nr.343; v.14.6.1951, Giust.pen.1951 III Sp.693 Nr.606; v.17.2.1953, Giust.pen.1953 III Sp.404 Nr.339; die Rechtsprechung ist jedoch in diesem Punkte nicht ganz einheitlich, vgl.Cass.v.16.3.1951, Giust.pen.1951 III Sp.514 Nr.443: Hier wird für den Widerruf ein ausdrücklicher Gerichtsbeschuß verlangt; das Gericht müsse mit Gründen rechtfertigen, inwiefern sich die Prozeßlage geändert habe, so daß der vordem für nützlich gehaltene Beweis nunmehr als überflüssig erscheint. Im Schrifttum vertritt die gleiche Ansicht Santoro, Manuale S.569.
- 2) Cass.v.22.1.1951, Giust.pen.1951 III Sp.312 Nr.263; v.7.1.1954, Giust.pen.1954 III Sp.278 Nr.167; v.19.1.1954, Giust.pen.1954 III Sp.279 Nr.168.

Wenn es das Gericht für erforderlich hält, können während des Berufungsverfahrens auch noch neue Beweise in den Prozeß eingeführt werden (art.520). Entsprechende Beweisanträge werden in gleicher Weise wie in erster Instanz behandelt. Die in erster Instanz vergeblich gestellten Anträge können so noch einmal dem Ermessen des Berufungsrichters unterbreitet werden.

Die Parteien können somit auch im Berufungsverfahren weder die nochmalige Prüfung der in erster Instanz benutzten Beweismittel noch die Aufnahme neuer Beweise durchsetzen. Sie sind in jedem Falle auf das Ermessen des Richters angewiesen.¹⁾

§ 6. Die Rechtsmittel gegen die Ablehnung von Beweisanträgen

Der Gerichtsbeschluß, mit dem ein förmlich gestellter Beweis Antrag abgelehnt wird, ist nur zusammen mit dem Endurteil anfechtbar (art.200).²⁾ Es kommen daher sowohl Berufung als auch Kassation in Betracht.

I. Ist Berufung eingelegt, so wird die Frage, ob der beantragte Beweis anzuordnen ist, vom Berufungsrichter sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht geprüft: der Berufungsrichter entscheidet nunmehr nach seinem Ermessen, ob er den Beweis anordnen will oder nicht. Lehnt er den Beweisantrag ab, weil er die Beweiserhebung nicht für unerläßlich hält, so gilt das gleiche wie für die Beweisablehnung in erster Instanz.³⁾

1) Cass.v.1.6.1955, Giust.pen.1955 III Sp.589 Nr.277; v.11.11.1955, Riv.it.dir.e proc.pen.1956 S.723; v.4.7.1958, Giust.pen.1959 III Sp.39 Nr.9; Pisani in Riv.it.dir.e proc.pen.1960 S.356; Lattanzi Anm.zu art.475 S.258: wenn der Berufungsrichter die Tatsachengrundlage des erstinstanzlichen Urteils für ausreichend hält, brauche er die Beweisaufnahme nicht neu aufzurollen, auch dann nicht, wenn gerade zwecks Vervollständigung des Beweismaterials Berufung eingelegt wurde.

2) Vgl.Manzini Bd.4 S.524; im Widerspruch hierzu lehnt Manzini Bd.3 S.204 die Anfechtbarkeit der ordinanza auch im Zusammenhang mit art.200 ab.

3) Vgl. Aloisi, Manuale III S.381; Pisani, Riv.it.dir.e proc.pen.1960 S.355; Florian, I.Aufl. Bd.2 S.368.

II. Mit der Kassation kann nur eine Nachprüfung des Urteils in rechtlicher Hinsicht erreicht werden. Sie ist möglich unter dem Gesichtspunkt fehlender oder widersprüchlicher Gründe (art.475 Ziff.3). Zu dem Begründungszwang wird es auch gerechnet, einen förmlich gestellten Beweis Antrag zu verbescheiden.¹⁾

Die Ablehnung eines Beweis Antrags ist daher mit der Kassation anfechtbar, wenn der Richter es unterlassen hat, den Antrag zu bescheiden,

wenn der Richter die Ablehnung nicht in einem förmlichen Gerichtsbeschuß bzw. im Urteil ausgesprochen hat,

wenn der Gerichtsbeschuß keine Gründe enthält oder wenn die Gründe völlig unzureichend oder widersprüchlich sind.

Der Kassationshof übt jedoch bei der Nachprüfung der einen Beweis Antrag ablehnen- den Gerichtsbeschlüsse größte Zurückhaltung. Er nimmt sehr Bedacht darauf, das Ermessen des Tatrichters nicht zu verkürzen. Die Nachprüfung erfolgt unter formalen Aspekten, jedenfalls nicht unter dem Gesichtspunkt, ob die beantragte Beweiserhebung im einzelnen Fall tatsächlich erforderlich war.

§ 7. Schlußbemerkung

Im italienischen Recht ist die Entscheidung über einen Beweis Antrag stets dem freien Ermessen des Richters überlassen, sei es im Abschnitt der Vorbereitung der Hauptverhandlung, sei es in der Hauptverhandlung selbst; und dies sowohl in erster wie in zweiter Instanz. Mit der Kassation werden nur die schwersten

1) Vgl.Santoro, Manuale S.658; Manzini Bd.4 S.424; Lattanzi Anm. zu art.475 S.253.

Verstöße gegen die Aufklärungspflicht erfaßt. Man hält es für die beste Lösung, die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme gänzlich dem Tatrichter zu überlassen.¹⁾

In auffallendem Maße wird im italienischen Strafprozeß - oft zum Nachteil der Wahrheitserforschung - der Grundsatz der Konzentration begünstigt. Ihm dienen Vorschriften wie

die Präklusion, wenn die Parteien nicht gleich zu Beginn der Verhandlung über die zurückgewiesenen Beweismittel verhandeln (art.439),

die Voraussetzung der absoluten Notwendigkeit für die Aufnahme neuer Beweise (art.455,457,469),

die grundsätzliche Verlesung der erstatteten Gutachten anstelle der persönlichen Vernehmung der Sachverständigen in der Hauptverhandlung (art.451),

die weitgehende Verlesbarkeit von Zeugenaussagen (art.462 vorletzter Absatz, 463,466),

das Verbot, über Charaktereigenschaften Beweis zu erheben (art.314 Abs.2, 349 Abs.5, 450,464 Abs.2), sowie

die Bestimmung, daß Formfehler häufig geheilt werden können, wenn die Parteien nicht rechtzeitig Einspruch erheben (art.187).

1) so jedenfalls die überwiegende Lehre, vgl. für alle Florian, 1.Aufl.8d.1 S.94: "Ma soprattutto vigila il giudice, il quale, incarnando l'interesse superiore della giustizia, può di per se ampliare e restringere l'oggetto della indagine probatoria." A.A. demgegenüber: Nuvolone in Riv.it.dir.pen. 1962 S.354, 355; Dosi, Sul principio S.43 ff.

Für das Berufungsverfahren ist in diesem Zusammenhang noch darauf hinzuweisen, daß die Entscheidung regelmäßig ohne eine Neuaufrollung der Beweisaufnahme auf Grund der Akten ergeht (art.520). Durch die Aufgabe des Unmittelbarkeitsprinzips für das Berufungsverfahren wird - wie im französischen Strafprozeß - die Einrichtung der Berufung als zweite Tatsacheninstanz in Frage gestellt.

V i e r t e s K a p i t e l

Rechtsvergleichung

§ 1 Zusammenfassende Gegenüberstellung der Regelungen in den drei Rechtsordnungen

I. Wenn auch im strafprozessualen Beweisverfahren aller drei Rechtsordnungen die Mitwirkung der Parteien vorgesehen ist, so ist doch das Maß an Einflußmöglichkeit, das ihnen gewährt ist, sehr verschieden.

In Deutschland hat sich die Entwicklung - von einigen Rückschlägen, insbesondere unter der Herrschaft des Nationalsozialismus, abgesehen - unaufhörlich in Richtung auf eine gebundene Beweisaufnahme hinbewegt. Das Ermessen des Tatrichters bei der Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme wurde immer mehr eingeschränkt. So steht den Prozeßbeteiligten nach deutschem Strafverfahrensrecht eine unmittelbare Ladungsgewalt zu, die sich sowohl auf Zeugen als auch auf Sachverständige erstreckt. Die Parteien haben es mithin in der Hand, unter Vorstreckung der Kosten die Ladung der von ihnen gewünschten Zeugen und Sachverständigen zur Hauptverhandlung zu bewirken. Das Gericht ist verpflichtet, die geladenen und auch erschienenen Zeugen und Sachverständigen zu vernehmen, wie es auch die sonstigen zur Hauptverhandlung herbeigeschafften Beweismittel benutzen muß. Von dem Zwang, die präsenten Beweismittel zu benutzen, ist das Gericht nur dann befreit, wenn die Parteien auf die Beweiserhebung übereinstimmend verzichten oder wenn das Gericht der Partei, die auf der Benutzung wertlosen Beweismaterials beharrt, nachweist, daß sie den Antrag lediglich aus Prozeßverschleppungsabsicht stellt. Anträge, mit denen noch in der Hauptverhandlung selbst die Herbeischaffung weiteren Beweismaterials verlangt wird, sind nur aus bestimmten, im Gesetz aufgeführten Gründen ablehnbar. Die Ablehnung bedarf eines sorgfältig begründeten Gerichtsbeschlusses. Im Berufungsverfahren gelten für den Umfang der Beweisaufnahme im wesentlichen dieselben Grundsätze wie in erster Instanz. Der einzige Unterschied besteht darin, daß die erneute Vernehmung der in erster Instanz gehörten Zeugen und Sachverständigen in größerem Umfang durch die Verlesung der erstinstanzlichen Protokolle ersetzt werden kann. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit wird hierdurch im Gegensatz zum erst-

instanzlichen Verfahren erheblich aufgelockert. Aber auch hier können die Parteien durch selbständige Ladung oder rechtzeitig gestellten Antrag die nochmalige Vernehmung der erstinstanzlichen Zeugen und Sachverständigen durchsetzen.

Das französische Recht unterscheidet demgegenüber wie ehemals das deutsche Recht zwischen berufungsfähigen und nicht berufungsfähigen Sachen. Zwar können die Parteien in allen erstinstanzlichen Verfahren die von ihnen gewünschten Zeugen - im Gegensatz zum deutschen Recht nicht auch Sachverständige - auf eigene Kosten zur Hauptverhandlung laden lassen. Eine unbedingte Verpflichtung zur Vernehmung der geladenen und auch erschienenen Zeugen besteht jedoch nur für die Schwurgerichte, also nur hinsichtlich der nicht berufungsfähigen Sachen. Die Korrektional- und Polizeigerichte, gegen deren Urteile die Berufung gegeben ist, können hingegen die Vernehmung der vorgeladenen Zeugen aus bestimmten Gründen ablehnen; eine Ablehnung unter Vorwegnahme der Beweiswürdigung ist zulässig. Über die in der Hauptverhandlung gestellten Beweisanträge entscheiden die Schwurgerichte nach freiem Ermessen. Fällt der Beweisantrag in die Zuständigkeit des Vorsitzenden - und das trifft für den größeren Teil der Beweisanträge zu -, so bedarf es zu seiner Ablehnung noch nicht einmal eines förmlichen Entscheids. Im Verfahren vor den Korrektional- und Polizeigerichten können die in der Hauptverhandlung gestellten Beweisanträge aus denselben Gründen abgelehnt werden, mit denen auch die Benutzung präsender Beweismittel zurückgewiesen werden kann. Da diese vom Kassationshof entwickelten Gründe jedoch die Beweisantizipation nicht ausschließen, kann von einem irgendwie gearteten Beweiszwang nicht die Rede sein. Die Berufungsgerichte schließlich sind hinsichtlich des Umfangs der Beweisaufnahme noch freier gestellt als die erstinstanzlichen Gerichte. Sie entscheiden über die Vorladung und Vernehmung sowohl der in erster Instanz bereits vernommenen Zeugen und Sachverständigen als auch neuer Zeugen und Sachverständigen ausschließlich nach freiem Ermessen. Das Prinzip der Unmittelbarkeit gilt hier praktisch nicht. Entsprechend dieser Regelung steht den Parteien im Berufungsverfahren ein selbständiges Ladungsrecht nicht zu.

In Italien ist die Entwicklung den umgekehrten Weg gegangen wie in Deutschland. Die ursprünglich umfassendere Bindung der Gerichte bei der Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme wurde immer mehr gelöst. Nach geltendem italienischen Straf-

prozeßrecht befindet der Tatrichter völlig frei darüber, wie weit er die Beweisaufnahme erstrecken will. Die Parteien verfügen dementsprechend weder über eine unmittelbare Ladungsgewalt, noch haben sie einen Anspruch darauf, daß die von ihnen in den Listen benannten Zeugen und Sachverständigen geladen werden. Das Gericht ist niemals verpflichtet, die von ihm geladenen und zur Hauptverhandlung auch erschienenen Zeugen anzuhören. Es kann vielmehr jederzeit von einer Vernehmung absehen, falls es nach dem bisherigen Ergebnis der Beweisaufnahme die Aussage zur Erforschung der Wahrheit nicht mehr für erforderlich hält. Ebenso kann das Gericht die während der Hauptverhandlung gestellten Beweisanträge frei ablehnen. Die italienischen Berufungsgerichte entscheiden nach art. 520 c.p.p. gewöhnlich auf Grund der Akten. Die Parteien, die eine Erneuerung der Beweisaufnahme begehren, können zum Termin Zeugen stellen und sonstige Beweismittel herbeischaffen. Das Berufungsgericht bestimmt jedoch nach seinem freien Ermessen, ob es in eine Beweisaufnahme eintreten will oder nicht.

II. Die Gegenüberstellung der verschiedenen Lösungen der drei Rechtsordnungen zeigt, daß der deutsche Richter bei der Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme am stärksten gebunden ist. Er ist nicht nur verpflichtet, alle ordnungsgemäß herbeigeschafften Beweismittel zu benutzen, sondern darüber hinaus darf er die während der Hauptverhandlung gestellten Beweisanträge nur aus gesetzlichen, eine Beweisantizipation ausschließenden Gründen ablehnen. Der ablehnende Beschluß ist in weitem Umfang revisibel.

Nach französischem Strafprozeßrecht kann man insofern von einer teilweisen Geltung des Prinzips der gebundenen Beweisaufnahme sprechen, als für die Schwurgerichte ein Benutzungszwang hinsichtlich der präsenten Beweismittel besteht. Im übrigen gilt der Grundsatz der freien Beweisaufnahme, da die vom Kassationshof anerkannten Ablehnungsgründe eine Beweisantizipation nicht ausschließen.

In Italien herrscht uneingeschränkt der Grundsatz der freien Beweisaufnahme. Der Tatrichter bestimmt in jedem Stadium des Verfahrens in voller Unabhängigkeit, welche der zur Verfügung stehenden oder erst herbeizuschaffenden Beweismittel er benutzen, ~~welche er~~ zurückweisen will. Der italienische Beweis Antrag hat daher mehr den Charakter einer Beweis anregung.

III. Das deutsche Beweisverfahren ist liberaler ausgestaltet als das französische und das italienische Beweisverfahren. Auf der einen Seite gilt zwar das Instruktionsprinzip, d.h. der Richter muß von Amts wegen alle Beweismittel erheben, die die Feststellung der Wahrheit fördern können. Auf der andern Seite ist der Richter jedoch gehalten, unter bestimmten Voraussetzungen auch die von den Parteien beantragten Beweise zu erheben. Das deutsche Beweisverfahrensrecht weist daher neben inquisitorischen Zügen auch eine starke Annäherung an den Parteiprozeß auf in dem Sinne, daß es den Einfluß der Parteien auf den Umfang der Beweisaufnahme wirksam sichert. Die deutsche Strafprozeßordnung gewährt den Verfahrensbeteiligten im Beweisverfahren nicht nur die formale Stellung von Prozeßparteien, sondern sie gibt ihnen auch die prozessualen Mittel an die Hand, die es ihnen ermöglichen, die Beweisaufnahme in die von ihnen gewünschte Richtung zu lenken. Die Strafprozeßordnung räumt damit den Parteien eine wesentlich größere Mitwirkung und Einflußnahme auf den Umfang der Beweisaufnahme ein als die ausländischen Strafverfahrensordnungen.

Dem liberalen deutschen Beweisverfahren entgegengesetzt ist das Beweisverfahren in der italienischen Hauptverhandlung. Es ist von den hier erörterten Beweisverfahren am stärksten vom Inquisitionsprinzip her geprägt, und zwar nicht etwa deshalb, weil der Richter von sich aus, ohne auf einen entsprechenden Antrag seitens einer Partei angewiesen zu sein, neue Beweise noch während der Hauptverhandlung erheben kann,¹⁾ sondern deshalb, weil die Befugnis, Beweise in den Prozeß einzuführen, ausschließlich dem Richter zusteht und die Parteien demgegenüber die Aufnahme eines von ihnen für bedeutsam erachteten Beweises gegen die andere Auffas-

¹⁾So Fulci, 1'Istruzione dibattimentale, S.104, 105.

sung des Gerichts nicht durchzusetzen vermögen. Wenn Foschini das italienische Strafverfahren als eine Zusammenarbeit zwischen Richter, Staatsanwalt und Angeklagtem umschreibt und u.a. erklärt, der Angeklagte werde nicht nur "come un giudicabile" angesehen, "ma, prima di ciò, anche come un giudicante, come una persona cioè che, insieme alle altre, partecipa al giudizio collettivo nel quale il processo consiste"¹⁾, so entspricht das für das Beweisverfahren nicht der prozessualen Wirklichkeit.²⁾ Vielmehr ist gerade der italienische Richter unumschränkter Herr des Beweisverfahrens. Er bestimmt allein den Umfang der Beweisaufnahme. Der Angeklagte ist demgegenüber mit allen Anträgen, die die Einführung von Beweismitteln betreffen, von dem durch eine höhere Instanz nicht nachprüfbareren Ermessen des Tatrichters abhängig. Der Wert des italienischen Beweisanspruchs erschöpft sich daher in der Bekanntgabe von bislang noch unbekanntem Beweismaterial an den Richter.

Das französische Strafverfahrensrecht nimmt zwischen dem deutschen und dem italienischen Recht eine Mittelstellung ein. Es ist weniger inquisitorisch als das italienische Recht. Kennt es doch ein unmittelbares Ladungsrecht der Parteien und vor den Schwurgerichten den absoluten Beweiszwang für die vorgeladenen Zeugen. Auf der anderen Seite ist es jedoch weit weniger liberal als das deutsche Recht, gilt doch der Beweiserhebungszwang bei Präsenz der Beweismittel nur für Schwurgerichtssachen, für die es nur eine Tatsacheninstanz gibt. Zum andern ist die Vorwegnahme der Beweiswürdigung nicht verboten. Die Beweisablehnung im Schwurgerichtsverfahren ist nicht, die in den übrigen Verfahren nur beschränkt revisibel.

Während im französischen Recht ein stark ausgeprägter Formalismus eine liberalere Lösung verhindert, empfindet man in Italien eine Bindung des Richters bei der Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme als unerträglich. Man hält sie mit den

1) L'Autodifesa dell'imputato, Riv.pen.1955 I S.803.

2) Vgl. auch die Ausführungen von G.Funaro über die Verteidigung im Strafprozeß, Riv.pen.1955 I S.812.

Interessen der staatlichen Verbrechenverfolgung für unvereinbar. Durch ein freies richterliches Ermessen in allen Fällen glaubt man die Belange der Rechtspflege am besten gewahrt. Die Kontrolle des Richters über alle in den Prozeß einzuführenden Beweismittel hält man für unumgänglich, um eine übermäßige Ausdehnung der Hauptverhandlung durch die Parteien zu verhindern.¹⁾ Auch sollten hierdurch die Würde und Autorität des Richters gehoben werden. Die Betonung der Konzentration im italienischen Strafverfahren mag auch im Hinblick auf den italienischen Volkscharakter zu erklären sein.²⁾

§ 2 Dogmatische Betrachtung der verschiedenen Lösungen

I. In Frankreich und Italien wird die freie Ablehnbarkeit von Beweisansträgen aus dem Prinzip der freien Beweiswürdigung abgeleitet. Nach der im romanischen Rechtskreis vertretenen Ansicht handelt es sich nämlich bei der Feststellung dessen, was zur Wahrheitserforschung erforderlich ist, um eine Tatsachenfeststellung. Die Entscheidung darüber, ob ein beantragter Beweis zu erheben sei, sei daher dem Ermessen der Untergerichte anheimgestellt und unterliege nicht der kassationsrichterlichen Nachprüfung. Allgemein feste Regeln dafür, wann ein Beweis zu erheben sei und wann nicht, würden den Richter bei der Wahrheitsfindung zu sehr einengen. Derartige Regeln hätten notwendig eine unfruchtbare Erstarrung des Beweisrechts zur Folge; sie bedeuteten nichts Geringeres als einen Rückfall in den alten Inquisitionsprozeß. Da vielmehr der Richter nach modernem Recht die einzelnen Beweismittel frei würdigen könne, müsse er nach Prüfung einer Reihe von Beweismitteln auch die Ansicht vertreten können, daß er nunmehr bereits eine ausreichende Überzeugung gewonnen habe und daß die Erhebung weiteren Beweismaterials überflüssig sei.

-
- 1) Neuerdings werden vereinzelt Stimmen laut, die für die Übernahme eines Beweis-antragsrechts nach deutschem Vorbild eintreten; vgl. Nuvoletti, Riv. it. dir. pen. 1962 S. 354, 355. Für das Verbot der Beweisantizipation: Dosi, Sul principio S. 43 ff.
 - 2) Vgl. Corte di Palermo in Lavori preparatori, 1902, S. 331 Nr. 96: Im Anschluß daran, daß die Gesetze dem Charakter des Volkes angepaßt sein müßten, stellt der Gerichtshof fest: "E la calma, la serenità, la temperanza del discutere, la tolleranza delle opinioni altrui non sono purtroppo doti nostre;" und ebenda S. 556 (Bar): "il carattere della popolazione per lo più vivace, comunicativa, spesso accessibile alla fantasia e alle suggestione..."

Die Entscheidungen des französischen wie des italienischen obersten Gerichtshofs in dieser Materie erinnern an die frühe Rechtsprechung des Reichsgerichts, das in der ersten Zeit nach Inkrafttreten der StPO die freie Ablehnbarkeit von Beweisansprüchen vertreten und sie ebenfalls aus dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung abgeleitet hat.

In Deutschland hat sich indessen bald die Erkenntnis durchgesetzt, daß die Frage des Umfangs der Beweisaufnahme von der Frage der Bewertung der aufgenommenen Beweismittel zu unterscheiden ist. Bei der ersten Frage handelt es sich um eine Würdigung *ex ante*, bei der zweiten um eine Würdigung *ex post*. Nur für die Würdigung *ex post* gilt nach deutschem Recht das Prinzip der freien Beweiswürdigung; für die Würdigung *ex ante* hingegen gelten feste Beweisregeln.

Die Frage, wie weit die Beweisaufnahme zu erstrecken ist, ist weniger eine Tat- als vielmehr eine Prozeßfrage, die als solche revisibel ist.¹⁾ Sie ist gerichtet auf die Vornahme prozessualer Handlungen, nämlich auf Beweiserhebungen, die die wichtigste Tätigkeit des Gerichts im Laufe des Prozesses darstellen; denn auf der Beweisaufnahme in ihrer Gesamtheit beruht die Sachentscheidung. Bevor in eine Beweiswürdigung eingetreten werden kann, ist über die Frage zu entscheiden, wie weit die Beweisaufnahme erstreckt werden soll. Ist über diese Vorfrage fehlerhaft entschieden, so muß sich dies notwendig auch auf die Beweiswürdigung auswirken. Mag auch die Überzeugungsbildung des Gerichts auf Grund der stattgehabten Beweisaufnahme an sich einwandfrei sein, durch die Nichtberücksichtigung eines Beweismittels, das wichtigen Aufschluß hätte geben können, entsteht eine verborgene Fehlerquelle, die die gesamte Beweiswürdigung und damit auch die Sachentscheidung unrichtig machen kann.

Die Entscheidung über den Umfang der Beweisaufnahme stellt sich nicht als Würdigung des konkreten Beweismaterials, sondern als eine abstrakt logische Wertung dar. Es lassen sich daher für die Entscheidung der Frage, ob ein noch unerhobenes Beweismittel zu erheben ist, allgemeine, verbindliche Regeln aufstellen. Da

1) Vgl. Mannheim in Anm. zu RGJW 1927 S.2467 Nr.20.

der Tatrichter die Frage mit einem abstrakten Denkprozeß zu entscheiden hat, ist seine Entscheidung auch revisionsrichterlicher Nachprüfung zugänglich.

Erst nach endgültiger Schließung der Beweisaufnahme kann die Beweiswürdigung einsetzen, an deren Ende das Beweisergebnis, die Tatsachenfeststellung steht. Erst nach Ausschöpfung aller Beweisquellen kann der Richter den Beweiswert der einzelnen Beweismittel gegeneinander abwägen, die Beweiskraft eines jeden Beweismittels einigermaßen zuverlässig ermessen. Erst hier beginnt das Feld der freien Beweiswürdigung, die von der ausländischen Lehre zu Unrecht auch für die Begründung der freien Ablehnbarkeit von Beweisanträgen herangezogen wird. Erst das vorgeführte Beweismittel unterfällt individueller Beurteilung, die der revisionsrichterlichen Nachprüfung entzogen ist. Es war nun gerade das Kennzeichen des Inquisitionsprozesses, daß er für die Beweiswürdigung starre Regeln bereithielt, die oftmals zu Ungerechtigkeiten führten, während der ganze übrige Prozeß weithin regellos und ins Ermessen des Richters gestellt war, so vor allem auch der Umfang der Beweisaufnahme. Im modernen deutschen Prozeß verhält es sich gerade umgekehrt:

Die Strafprozeßordnung gibt dem Richter genaue Anweisungen für die Entscheidung der Vorfrage des Umfangs der Beweisaufnahme und läßt ihm völlige Freiheit zur individuellen Beurteilung der Beweiskraft der erhobenen Beweismittel. Das System der Ablehnungsgründe bedeutet somit nicht einen Rückfall in den alten Inquisitionsprozeß.

Daß man im romanischen Recht die Freiheit des Richters bei der Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme mit dem Prinzip der freien Beweiswürdigung begründet, mag sich daraus erklären, daß sowohl im italienischen wie auch im französischen Recht die Beweisantizipation zulässig ist; hierdurch ist es dem Richter gestattet, eine beantragte Beweiserhebung deshalb abzulehnen, weil er bereits auf Grund des bisherigen Beweisergebnisses eine sichere Überzeugung gewonnen habe. Bei diesem Vorgehen beruht die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme allerdings auf einer antizipierten! - Beweiswürdigung.

II. Von der Sonderstellung des Vorsitzenden im französischen Schwurgerichtsverfahren einmal abgesehen, besteht in allen drei Verfahrensrechten für die Gerichte die Pflicht, einen Beweisantrag zu bescheiden und im Falle der Ablehnung einen begründeten Beschluß- bzw. ein Zwischenurteil - zu erlassen. Hinsichtlich des Inhalts der zu treffenden Entscheidung nehmen indessen die Gerichte in den drei Ländern eine unterschiedliche Stellung ein.

Die romanischen ~~Rechte~~ stellen völlig s u b j e k t i v darauf ab, ob der Richter die beantragte Beweisaufnahme für notwendig hält. In Deutschland hingegen kommt es allein darauf an, ob die begehrte Beweiserhebung o b j e k t i v erforderlich ist; in diesem Falle muß das Gericht dem Beweisantrag stattgeben, mag es auch subjektiv von der Wertlosigkeit des angegebenen Beweises überzeugt sein. Entsprechend dieser Regelung unterliegt in Deutschland die Entscheidung des Tatrichters der revisionsrichterlichen Nachprüfung daraufhin, ob die Ablehnung eines Beweisantrags objektiv gerechtfertigt war. In Italien und überwiegend auch in Frankreich ist demgegenüber die inhaltliche Nachprüfung der Entscheidung des Tatrichters durch den Kassationshof ihrem Ermessenscharakter entsprechend ausgeschlossen. Lediglich hinsichtlich der Beweisablehnungen der Korrektional- und Polizeigerichte behält sich der französische Kassationshof vor, die Entscheidung im Einzelfall auch auf ihre Sachgemäßheit nachzuprüfen, ohne daß er für eine solche Nachprüfung die Grundprinzipien klargelegt hätte. Im übrigen unterliegt sowohl in Frankreich als auch in Italien die Ablehnung eines Beweisantrags nur dann der Kassation, wenn die Gründe widerspruchsvoll oder durch Rechtsirrtum beeinflußt sind oder wenn eine Begründung überhaupt fehlt.

III. In Frankreich und in Italien gilt als Richtschnur für die Entscheidung über Beweisanträge die G e n e r a l k l a u s e l der Wahrheitserforschungspflicht. Was die Wahrheitserforschungspflicht im einzelnen gebietet, ist von den Tatgerichten von Fall zu Fall nach freiem Ermessen zu entscheiden. Da sowohl in Italien als auch in Frankreich die Vorschriften über Zulässigkeit und Umfang der höchstrichterlichen Nachprüfung - insbesondere auf dem Gebiete des Beweisrechts -

eine betont einschränkende Auslegung erfahren haben,¹⁾ ist es in beiden romanischen Rechten bis jetzt nicht zu einer Ausbildung fester, verbindlicher Richtlinien für die Ablehnung von Beweisanträgen gekommen.²⁾ Während im französischen Korrektionalverfahren Ansätze für eine solche Entwicklung vorhanden sind, zeichnen sich innerhalb der italienischen Rechtsprechung noch keine Anhaltspunkte für eine entsprechende Entwicklungsrichtung ab.

In Deutschland hat das Reichsgericht in rechtsschöpferischer Weise die Generalklausel der Wahrheitserforschungspflicht *k o n k r e t i s i e r t*. In einer Fülle von Entscheidungen hat es den unteren Gerichten gesagt, was das Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung im einzelnen erfordert. Durch weitherzige Zulassung der Nachprüfung der Beweisablehnungen in sachlicher Hinsicht hat es den allgemeinen Rahmen der Wahrheitserforschungspflicht mit einer Reihe von Vorschriften ausgefüllt, die nach und nach ein ganzes System bildeten, das System der Ablehnungsgründe. Als fester Bestandteil der Rechtsprechung wurde der Katalog der Ablehnungsgründe schließlich ins Gesetz aufgenommen. Der romanischen Lösung einer im Rahmen einer allgemeinen Direktive erfolgten Freistellung der Gerichte steht somit die deutsche Lösung einer Bindung der Gerichte an ganz bestimmte, im Gesetz erschöpfend aufgeführte Ablehnungsgründe gegenüber.

IV. Durch die Aufnahme ins Gesetz sind die vom Reichsgericht entwickelten Richtlinien zu Rechtsgrundsätzen geworden; was ursprünglich Kontrolle in tatsächlicher Hinsicht war, wurde weitgehend zur Rechtskontrolle. Ob ein beantragter Beweis zu erheben ist, ist nunmehr eine Rechtsfrage, "über die in gleicher Weise wie über die Strafklage die Entscheidung aus der Rechtsordnung zu holen ist, und zwar ebenso wie bei der Strafklage, teils aus materiell-rechtlichen, teils aus prozeß-recht-

1) Vgl. im allgemeinen hierzu Schwinge, 2.Aufl. S.46

2) Vgl. auch Schwinge, 2.Aufl. S.192.

lichen Vorschriften.¹⁾ Mit dem Beweis Antrag wird daher nach deutschem Recht ein Rechtsanspruch geltend gemacht.

Über das Vorliegen der Voraussetzungen eines Ablehnungsgrundes entscheidet naturgemäß das Gericht. Es verfügt hierbei notwendig über einen gewissen Beurteilungsspielraum. Das veranlaßt E. Schmidt²⁾, die Terminologie eines Rechtsanspruchs, insbesondere eines Beweiserhebungsanspruchs, abzulehnen. Das Ermessen des Tatrichters läßt sich jedoch nirgendwo ganz ausschalten; es spielt auch bei den scheinbar bestimtesten Tatbestandsmerkmalen noch eine Rolle.³⁾ Die Gegenüberstellung mit den romanischen Rechten macht zudem ganz besonders deutlich, daß der Angeklagte nach deutschem Recht hier eine starke Stellung innehat, die als Recht bezeichnet werden kann. Man kann daher mit Alsberg⁴⁾ die Ansicht vertreten, mit dem Antrag werde ein strafprozessualer Beweiserhebungsanspruch geltend gemacht.

Während in Deutschland die s a c h g e m ä ß e Behandlung der Beweis Anträge unter Rechtsmittelschutz gestellt ist, steht den Parteien nach französischem und italienischem Strafprozeßrecht nur ein f o r m a l e s Beweis Antragsrecht zu, d.h. sie haben das Recht auf Stellung förmlicher Anträge und deren förmliche Verbescheidung. Nur diese formale Rechtsstellung ist durch das Rechtsmittelrecht der Prozeßbeteiligten geschützt. Die sachgemäße Behandlung der Anträge steht dagegen nicht unter Rechtsmittelschutz.

§ 3 Rechtspolitische Würdigung

I. Die festen Regeln für den Umfang der Beweisaufnahme bedeuten nicht nur eine theoretische Verfeinerung und Fortentwicklung des Beweisrechts, sondern sie entsprechen auch einem praktischen Bedürfnis. Sie bilden die Hauptgarantie der Prozeßbeteiligten gegen richterliche Willkür bei der Tatsachenfeststellung, ohne das

1) Alsberg-Nüse S.62.

2) LK Teil I S.46 ff., Nr.61 und 62.

3) Vgl. Schwinge, 1. Aufl. S.178.

4) Alsberg-Nüse S.61 ff.

Prinzip der freien Beweiswürdigung anzutasten. Für die Gerichtspraxis liegt der hohe Wert eines gesetzlichen Katalogs von Ablehnungsgründen darin, daß die Wahrheitserforschungspflicht des Gerichts "einigermaßen einfach formalisiert ist"¹⁾; bei der Handhabung des einfachen Officialprinzips ließen sich viel mehr Fehler machen. Außerdem verleiht die Bindung an bestimmte Ablehnungsgründe der Gerichtspraxis eine gewisse Stetigkeit.

Wird die Entscheidung über den Umfang der Beweisaufnahme dem freien richterlichen Ermessen überlassen, so besteht die Gefahr, daß der Richter einen Beweis Antrag ablehnt, ohne sich über die Gründe seiner ablehnenden Stellungnahme hinreichend klar geworden zu sein, zumal er bei einer völlig in sein freies Ermessen gestellten Entscheidung die Beweiswürdigung vorwegnehmen kann. Diese Gefahr einer sachlich nicht gerechtfertigten Ablehnung von Beweis Anträgen wird verringert, wenn im Gesetz die Gründe erschöpfend aufgezählt sind. Der Richter wird hierdurch gezwungen, sich vor der Ablehnung eines Beweis Antrags stets darüber klar zu werden, aus welchem Grunde die Ablehnung erfolgt.

Die inhaltliche Nachprüfbarkeit des Ablehnungsbeschlusses durch das Revisionsgericht hat erzieherische Funktion. Zwar wird der sorgsame Richter jede Sache mit der gleichen Gründlichkeit behandeln und sich nicht darum kümmern, ob die Sache revisibel ist oder nicht. Für den weniger gewissenhaften Richter ist dagegen die Revision wegen ungerechtfertigter Beweisabschneidung "ein höchst wirksamer Behelf gegen Gewissenlosigkeit, Nachlässigkeit und Untüchtigkeit"²⁾. Der Gesetzgeber muß dafür Sorge tragen, daß die Verfahrensgesetze für den durchschnittlichen, nicht für den besten aller Richter gemacht sind.

1) So H.Mayer, Zum Aufbau des Strafprozesses, GS 104 S.331.

2) Schwinge, 1.Aufl. S.39.

Es hat demgegenüber wenig Zweck, wie das in Italien und Frankreich geschieht, für die Entscheidung über Beweisanträge den an sich doch selbstverständlichen Grundsatz, daß der Richter von Amts wegen alles zur Erforschung der Wahrheit Erforderliche zu tun habe, aufzustellen, die Art seiner praktischen Verwirklichung aber ganz dem durch eine höhere Instanz nicht nachprüfbar¹⁾ Ermessen des Richters zu überlassen. Ist doch gerade der auf Mangel an Sorgfalt beruhende unbewußte Verstoß gegen die Aufklärungspflicht der häufigste und gefährlichste Fehler, der im Strafverfahren begangen wird. "Zur Bannung dieser Gefahr gibt es nur ein einziges Mittel: Die Leitung der richterlichen Entscheidung durch gesetzlich festgelegte Anweisungen",¹⁾ deren Einhaltung höchstrichterlicher Nachprüfung unterliegt.

Ebenso hat es wenig Zweck, für die ablehnende Entscheidung eine Begründung zu verlangen, wenn diese in sachlicher Hinsicht der höchstrichterlichen Nachprüfung entzogen ist. Sie hat dann nur noch den Zweck, das Gericht dazu anzuhalten, den Beweisantrag wenigstens zu prüfen.

Auch in Deutschland hat man zuweilen unter Ablehnung der Aufnahme eines Katalogs von Ablehnungsgründen ins Gesetz zur Lösung des Problems vorgeschlagen, es bei der Aufklärungspflicht bewenden zu lassen.²⁾ Es genüge die Aufnahme einer Generalklausel ins Gesetz, wonach einem Beweisantrag stattzugeben sei, wenn die Erhebung des Beweises die Erforschung der Wahrheit fördern könne. Ob dies der Fall ist, sollte nach den Vorschlägen allerdings - anders als im italienischen und französischen Recht - revisionsrichterlicher Nachprüfung unterliegen. Diese Lösung ist jedoch abzulehnen. Im Rahmen eines so allgemein gehaltenen Gesetzes würden die Revisionsgerichte im Wege der ihnen aufgetragenen Nachprüfung der beweis-

1) Eb. Schmidt ZStW 61 S.460.

2) So Niethammer in Festschrift für Sauer, S.37;
Dohna, Probleme der Strafrechtserneuerung S.336.

ablehnenden Beschlüsse in objektiver Hinsicht Grundsätze ausarbeiten, an die der Richter sich halten müßte, wollte er nicht Gefahr laufen, daß seine Beschlüsse aufgehoben werden. Er müßte über die höchstrichterliche Rechtsprechung gut unterrichtet sein. Ein so allgemein gehaltenes Gesetz würde daher für den Richter keine Erleichterung bedeuten. Die Sicherheit in der Behandlung von Beweis- anträgen wird vielmehr eher gewährleistet, wenn die allein zulässigen Ablehnungs- gründe im Gesetz aufgeführt sind und dem Richter so die Summe der im Bereiche des Beweisrechts gemachten Erfahrungen ständig vor Augen gehalten wird.

II. Trotz der Ausarbeitung eines an dem Prinzip der Wahrheitserforschung orientierten Ablehnungssystems ist an dem absoluten Beweiszwang für präsente Beweismittel festzuhalten.¹⁾ Denn schließlich ist es immer der Richter, der über das Vorhandensein eines Ablehnungsgrundes entscheidet. Auch bei der Geltung eines Katalogs von Ablehnungsgründen ist daher der Angeklagte immer von der Auffassung und Einstellung des Gerichts abhängig. Er ist nicht frei in seiner Verteidigung. Erst die Regelung des § 245 i.V.m. § 220 StPO löst den Angeklagten von staatlicher Bevormundung. Der absolute Beweiszwang für präsente Beweismittel ermöglicht es dem Angeklagten, durch Ausübung seines Ladungsrechts die ihm wichtig erscheinenden Zeugen auch gegen den Willen des Gerichts vorzuführen, wenn seine Ansicht von der des Gerichts abweicht. Der Angeklagte hat es daher in der Hand, den Richter zu zwingen, nicht nur ihn, sondern auch seine Zeugen zu seiner Darstellung des Sachverhalts anzuhören. Hierdurch ist der verfassungsrechtlich geschützte Grundsatz des rechtlichen Gehörs auch in Ansehung der vorgeführten Beweismittel als notwendige Ergänzung der Verteidigung voll durchgeführt.

1) A.A. Niethammer, Festschrift für Sauer S.36.

Ist die Vorführung von Beweismitteln schon in erster Instanz durchsetzbar, so sind erfahrungsgemäß die Berufungen wegen ungerechtfertigter Beweisablehnung weniger zahlreich. Aber auch deshalb, weil durch lange Verzögerungen die Beweismittel nur schlechter werden oder vielleicht überhaupt verloren gehen, ist es zweckmäßig, das Vorführungsrecht schon für die erste Instanz zu sichern.

III. Es ist nicht zu übersehen, daß das Prinzip der gebundenen Beweisaufnahme, wie es sich in Deutschland ausgebildet hat, eine größere Ausdehnung der Beweis- aufnahmen und einen höheren Kostenaufwand zur Folge hat. Insbesondere das Verbot der Beweisantizipation bringt für die Gerichte, zumal dann, wenn der Angeklagte oder sein Verteidiger mit dem Beweisanspruchsrecht geschickt zu operieren versteht, eine Mehrbelastung mit sich, die sich hinterher oft als vergeblich herausstellt. Es ist daher verständlich, wenn man es in Italien und überwiegend auch in Frankreich vorzieht, "die 'Sicherheit' der Feststellung des Unwerts von Beweismitteln in den Bereich der bloßen 'Wahrscheinlichkeit' hinein auszudehnen"¹⁾. Doch gewährleistet allein die Bindung der Gerichte an bestimmte Ablehnungsgründe unter Ausschaltung einer Vorwegnahme der Beweiswürdigung eine gründliche und gewissenhafte Wahrheitserforschung. An dem Prinzip der gebundenen Beweisaufnahme, vor allem an der strengen Handhabung des Verbots der Beweisantizipation, ist festzuhalten.

1) Beling in JW 1925 S.2782.

L e b e n s l a u f

Am 3. September 1934 wurde ich als Tochter des Dipl.-Ing. Franz Kreuzer und seiner Ehefrau Margarete, geb. Breinl, in Köln geboren. Ich besuchte die Volksschule in Leoben, Köln, Prag, Aussig und Kaaden an der Eger. Ostern 1946 trat ich in das Städtische neusprachliche Mädchengymnasium Köln-Kalk ein, an dem ich am 1. März 1955 die Reifeprüfung bestand. Im Sommersemester 1955 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaft. Ich studierte zunächst zwei Semester an der Kölner Universität. Es folgten drei Semester an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg i.Br. und anschließend eines an der Münchner Universität. Im Sommersemester 1958 kehrte ich nach Freiburg zurück und schloß hier mein Studium am 19. Juni 1959 mit dem ersten juristischen Staatsexamen ab. Den juristischen Vorbereitungsdienst begann ich am 1. Oktober 1959. Ein Stipendium der französischen Regierung ermöglichte mir im akademischen Jahr 1961/62 einen Studienaufenthalt an der Faculté de Droit et des Sciences Economiques in Paris. Seit Juli 1962 bin ich wieder im juristischen Vorbereitungsdienst.

